Neuner

Die

Heredis institutio ex re certa.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. **Carl Renner,**
Professor der Rechtswissenschaft und außerordentlichem Beisitzer des Spruch-Collegiums an der Universität Gießen.

Gießen 1853.
J. Ricker'sche Buchhandlung.

Dem Andenken

an

Egid von Löhr,

seinen hochgeehrten Lehrer und väterlichen Freund

widmet diese Schrift

der Verfasser.

Vorrede.

Dem Gegenstande vorliegender Abhandlung ist in unsrer juristischen Literatur eine ausführliche Erörterung bisher noch nicht zu Theil geworden. Besondere Rücksicht hat man meist nur einem einzelnen Falle der institutio ex re certa zugewendet, dem Falle nämlich, wenn neben gehörig (sine partibus oder ex certis partibus) Eingesetzten einer oder der andere der Erben auf eine res certa instituirt ist, indem über das hier eintretende Rechtsverhältniß, besonders wegen einer dasselbe betreffenden Verordnung Justinian's (c. 13 C. de her. inst.), von jeher die größten Zweifel und Unsicherheiten bestanden.

Auch der Verfasser richtete anfangs seine Aufmerksamkeit vorzüglich nur auf diesen Einen Fall; keiner der verschiedenen über denselben aufgestellten Ansichten vermochte er Beifall zu schenken. Je mehr er sich indessen hier in eine Untersuchung vertiefte, desto mehr erschien ihm die ganze Lehre der heredis institutio ex re certa, nach grundsätzlicher Behandlung wie nach Detailgestaltung, einer civilistischen Bearbeitung würdig. Er überzeugte sich, daß gerade mit durch Vernachlässigen eines näheren Eingehens auf den Gesammtumfang dieser Lehre die richtige Einsicht in die Gestaltung auch jenes einzelnen bestrittenen Falles bisher getrübt bleiben mußte.

Wie nun aber zugleich nichts so sehr als Bearbeitung einer speciellen Lehre dazu geeignet ist, allgemeinere Gesichtspunkte, welche dabei von Einfluß werden, nach ihrem wahren Gehalte zu erproben, so kam auch der Verfasser bei Durchführung des von ihm gewählten Stoffes von selbst und ganz unvermeidlich mit einer Reihe von Grundsätzen über Beerbung und Vermächtnisse in Berührung, welche, um sie richtig anzuwenden, vorerst der bestehenden Theorie gegenüber bald einer schärferen Hervorhebung, bald einer wesentlichen Berichtigung bedurften. Ueberall jedoch war er darauf bedacht, durch solche Zwischenerörterungen den geordneten Gang, welchen die Darstellung der Hauptsache fordert, nicht zu beeinträchtigen, wie dieß schon aus einem flüchtigen Blicke in die nachstehende Inhaltsanzeige erhellen mag.

Der Verfasser bittet den geneigten Leser, unter den mehrfachen Druckfehlern namentlich folgende zwei besonders störende berichtigen zu wollen: auf Seite 29, Zeile 3 v. u. muß es statt „wie sie das Leben nicht" heißen: „wie sie das Leben nimmt", und auf Seite 146, Zeile 6 v. u. ist statt „Vermächtnisse" zu lesen: „Vorvermächtnisse."

Gießen, im Mai 1853.

Carl Renner.

Inhaltsanzeige.

Einleitung.

§. 5. Fortsetzung.

Rückblicke und Ergebnisse aus dem Bisherigen. — Es wird hier eine an sich ungehörige Einsetzung nur aufrechterhalten (S. 46—50). — Die Aufrechterhaltung, als gegründet auf die hohe Bedeutung der heredis institutio, geschieht einerseits nicht auch bei exheredatio rei certae, fr. 19 D. de lib. et post. (S. 50—53), andrerseits aber bei jeder Einsetzung, bei institutio wie bei substitutio (vulg. und pup.) ex re certa, fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (S. 53—57.) — Das principiengemäße Resultat bei Behandlung dieser Einsetzungen (S. 58). — Die Aufrechterhaltung der Erbenqualität detracta rei mentione geschah durch Juristenrecht, mindestens schon zur Zeit des Aquilius Gallus (S. 58—60.)

§. 6. 2) Beschränkung auf die res certa.

Erhellt nicht aus einer noch besondern Willenserklärung des Erblassers, zu wessen Gunsten der Eingesetzte auf die res certa beschränkt sein soll, dann behält er nach älterem wie nach neuestem Röm. Rechte die ganze Erbschaft, namentlich fällt nicht etwa an die Intestaterben fideikommissarisch das außer der res vorhandene Vermögen (S. 61—73). — Ist dagegen aus einer anderweiten (gleichzeitigen, früheren oder späteren), obwohl nicht in ausdrückliche Vermächtnißworte gekleideten Willenserklärung des Erblassers ein Dritter ersichtlich, an welchen das Uebrige fallen soll, dann wird seit erstarkter Fideikommißtheorie der Eingesetzte im Effekte des Bekommens auf die res certa beschränkt, die rei mentio wird behandelt als stillschweigende verba fideicommissaria enthaltend, welche zu Gunsten jenes Dritten der heredis institutio inserirt sind (S. 73 ff.). Dahin gehörige Fälle. 1) §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und fr. 29 D. ad Sct. Treb. In dem von diesen Stellen mitgetheilten Falle hatte der Testator keineswegs, wie man annimmt, in dem zweiten Testamente ausdrücklich erklärt, das frühere solle fortgelten, vielmehr enthält hier die bloße Beschränkung des neuerdings Eingesetzten auf eine res certa rücksichtlich des übrigen Vermögens stillschweigende Bestätigung des früheren Testaments (S. 74—87). Berichtigung der herrschenden Lehre, wonach ein früheres Testament nur dann als Codicill gilt, wenn es in dem späteren Testamente ausdrücklich bestätigt wird (S. 87—90). 2) Sonstige Fälle (S. 91—92).

§. 7. Fortsetzung.

Rechtliche Gestaltung der Fälle, in welchen wegen noch besonderer Willenserklärung des Erblassers der ex re Instituirte zu Gunsten eines Dritten auf die res certa beschränkt wird.

I. Ist er excepta certa re eingesetzt, so behält er die ihm detracta exceptione geschaffene hereditas, und restituirt an den Dritten die res excepta als stillschweigendes Singular-Fideikommiß (S. 93—94). — II. Ist er direkt auf eine res certa eingesetzt, dann restituirt er die ihm detracta re geschaffene hereditas als stillschweigendes Universal-Fideikommiß an den Dritten, und erhält von diesem aus der restituirten Erbschaft die res certa als stillschweigendes Singular-Fideikommiß zurück, gerade wie da, wo der Universalerbe gebeten ist, die hereditas zu restituiren accepta, deducta, praecepta s. retenta certa re vel summa. Widerlegung der Ansicht, daß in diesen letzteren Fällen der Erbe die res certa jure heredis behalte, und nur das Uebrige restituire (S. 95—99). — Weitere Detailgestaltung des Falles II, insbesondere bei freiwilliger Antretung und Restitution. A. Verhältniß, wenn ein Quartabzug nicht zur Sprache kommt. 1) Der Eingesetzte restituirt hier totam hereditatem, und zwar schon nach Pandektenrecht ex Trebelliano. Ueberall da, wo der Erbe ex voluntate testatoris die ganze Erbschaft zu restituiren hat, geschah schon nach Pandektenrecht die Restitution, obwohl gegen den Wortlaut des Pegas., doch im Geiste dieses Sct., ex Trebelliano (S. 100—104). 2) Die res certa, welche der Eingesetzte aus der restituirten Erbschaft zurückerhält, ist als stillschweigendes Präfideikommiß, nicht als stillschweigendes simples Fideikommiß anzusehen (S. 104—107). B. Verhältniß, wenn der ex re Instituirte bei Restitution der Erbschaft die sog. Trebellianische Quart nicht frei hat. 1) Nach dem Rechte der Compilation darf er sich die Quart frei halten. In dieselbe muß er sich die res certa einrechnen, gerade wie Derjenige, welcher die Erbschaft accepta, deducta u. s. w. certa re vel summa zu restituiren hat. Daß in diesen Fällen der Fiduciar die certa res vel summa, obwohl er dieselbe jure legati erhält, nicht supra quartam hat, erklärt sich aus den Grundsätzen über Compensation hier vorliegender gegenseitiger Vermächtnisse (S. 107—109). Das Mittel für Freihalten der Quart wäre hier a) nach strengem Rechte wirklicher Quartabzug, wobei die Restitution vor Justinian ex Pegas., seit Justinian zwar ex Treb., allein nur zu ³/₄ der hereditas geschehen wäre (S. 110—113). b) Zur Vermeidung wirklichen Quartabzugs und seiner mißlichen Folgen konnte indessen der ex re Instituirte, wie jeder Erbe, welcher praecepta, deducta u. s. w. certa re vel summa hereditatem restituere rogatus est, schon unter der Herrschaft des Sct. Pegas. auf die in fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. enthaltene sententia Juliani provociren, und hiernach dem stillschweigenden Willen des Erblassers gemäß sich den Vermächtnißbetrag der res certa bis zu ¹/₄ des Werthes

der Erbschaft erhöhen, daneben aber totam hereditatem ex Treb. restituiren (S. 113—116). 2) Seit Nov. 1 c. 2 §. 2 darf sich der heres ex re certa, wenigstens dann, wenn er direkt auf res certae, und nicht excepta certa re instituirt ist, die Quart überhaupt nicht mehr frei machen (S. 116—120). — Seitdem braucht er nur noch als Pflichttheilsberechtigter unter Realisirung der Beschränkung auf die res certa nicht zu leiden (S. 120—122).

Das Resultat für die Gestaltung der Fälle des ersten Abschnittes (S. 122—123).

Zweiter Abschnitt.

Der Fall, wenn mehrere Erben, und zwar alle auf res certae eingesetzt sind.

§. 8. Allgemeine Bemerkungen. Vorläufige Angabe des Hauptinhaltes von fr. 35 D. de her. inst. (S. 124—130).

§. 9. I. Der Grundsatz.

1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

Sie geschieht auch hier detracta rei mentione, wonach die Eingesetzten auf partes hereditariae gerufen sind (S. 130—131), und zwar in der Regel aequaliter als heredes sine partibus scripti, ex certis partibus nur dann, wenn der Testator mit der rerum mentio erweislich eine demonstratio der Größe der partes beabsichtigt hat. Fr. 78 pr., fr. 11, fr. 9 §. 13, fr. 10 D. de her. inst. (S. 131—139). Auch für die Fälle des zweiten Abschnittes geschah die Aufrechterhaltung der Erbenqualität detracta rei mentione sicherlich schon zur Zeit des Aquilius Gallus, namentlich nicht erst auf die Auktorität des Sabinus (S. 139—142.)

§. 10. 2) Beschränkung auf die res certae.

Dieselbe wird im Interesse der voluntas testatoris nur in jenen regelmäßigen Fällen verlangt, in welchen die rerum mentio nicht als demonstratio certarum partium gemeint war (S. 142—143). I. Die Zuweisung der res certae an die darauf Instituirten ist hier nicht erbvertheilungshalber, sondern nur auf dem Wege der Vermächtnisse möglich, sie fand daher während der Alleinherrschaft der Legate noch nicht statt, damals blieb es für die ex re Instituirten auch im Effekte des Bekommens bei dem Werthe der ihnen detracta re geschaffenen partes; erst seit erstarkter Fideikommiß-Theorie erhält jeder die ihm per institutionem zugewiesene res, und zwar als stillschweigendes Präfideikommiß. Fr. 35 §. 1 D. de her. inst. Fr. 78 pr. D. eod.

(S. 143—153.) Erklärung des Verhältnisses von fr. 9 §. 13, fr. 10, fr. 11 D. de her. inst. zu fr. 35 §. 1 und fr. 78 pr. D. eod. aus der stufenweisen Vervollkommnung der juristischen Behandlung dieser institutiones ex re certa (S. 153—156). II. An den Erbschaftsschulden, sowie an dem außer den res certae etwa noch übrigen Aktivvermögen participiren die ex re Instituirten pro rata hereditaria (S. 156—165), es sei denn, daß aus einer noch besondern Willenserklärung des Erblassers erhellt, zu wessen Dritten Gunsten sie auf die res beschränkt sein sollen; in diesem Falle restituiren sie, wenn sie direkt auf res certa eingesetzt sind, ihre partes hereditariae als stillschweigende Universal-Fideikommisse an jenen Dritten, und erhalten von diesem die ihnen zugewendeten res certae als stillschweigende Singular-Fideikommisse zurück; sind sie excepta re eingesetzt, so restituiren sie an den Dritten die res excepta als stillschweigendes Singular-Fideikommiß (S. 165—166).

Resultat für die grundsätzliche Gestaltung der Fälle des zweiten Abschnittes (S. 166—167).

§. 11. Fortsetzung. (Vergleichung mit der divisio bonorum.)

Veranlassung dieser Zwischenerörterung (S. 167—168). — I. Wesen und Erforderniſſe der divisio bonorum (S. 168—172). II. Rechtliche Gestaltung dieser Verfügung. Während die Erben zur Erbschaft pro rata her. gerufen sind, erhalten sie die ihnen per divisionem zugewiesenen Objekte als Vermächtnisse (Vorvermächtnisse), mögen ihnen die Objekte mit ausdrücklichen Vermächtnißworten, oder mit simplen Theilungsworten zugewendet sein; in letzterem Falle werden die Theilungsworte als stillschweigende verba fideicommissaria aufgefaßt (S. 173—193). III. Die Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae hat (sofern die rerum mentio nicht als demonstratio certarum partium her. erscheint) mit der divisio bonorum Aehnlichkeit 1) in der Anordnung durch den Erblasser, wenigstens soferne dieser im Testamente unter seinen sämmtlichen Testamentserben eine divisio bonorum vorgenommen hat. 2) in der rechtlichen Behandlung; insbesondere werden die res certae wie die mit simplen Theilungsworten zugewendeten Objekte als stillschweigende Präfideikommisse behandelt. 3) Diese Behandlung steht auch in einem historischen Zusammenhange (S. 193—199).

§. 12. II. Die Folgesätze.

I. Mit dem Tode des Erblassers sind die Eingesetzten zwar auf die ihnen detracta re geschaffenen partes berufen, allein einen Anspruch auf die res certae erhalten sie nur dann, wenn sie wirklich Erben werden und Erben bleiben, jede res certa ist

Dritter Abschnitt.

Der Fall, wenn neben einem oder mehreren gehörig Eingesetzten Einer oder Einige auf res certae instituirt sind.

1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

I. Daß der ex re Instituirte auch in diesem Falle als Erbe gilt, läßt sich 1) schon wegen der hohen Bedeutung der auch hier von dem Testator gewollten heredis institutio nicht anders erwarten. 2) Positiver Beweis: die allgemeine Haltung von fr. 35 pr. D. de her. inst., fr. 19 D. de lib. et post. und Nov. 107 c. 1; c. 1 C. Greg. fam. erc., insbesondere aber Nov. 115 cap. 5 pr. (S. 344—353). — II. Die Art, wie er als Erbe aufrechterhalten wird, besteht auch hier in Detrahiren der rei mentio. Dieß folgt 1) schon aus der juristischen Bestimmung des Erben mit civilistischer Nothwendigkeit. 2) Positiver Beweis: die allgemeine Haltung von fr. 35 pr. D. de her. inst., insbesondere aber c. 1 C. Greg. fam. erc. Deren Interpretation (S. 353—360). — Der ex re Instituirte gilt an sich als heres sine parte scriptus, als heres ex certa parte scriptus nur dann, wenn der Testator mit der rei mentio eine demonstratio partis hered. beabsichtigt hat (S. 362—364).

§. 20. 2) Beschränkung auf die res certa.

Insoferne nicht die rei mentio als bloße demonstratio certae partis aufzufassen ist, hat der ex re Instituirte die ihm detracta re geschaffene pars hereditaria als stillschweigendes Universal-Fideikommiß an die gehörig Eingesetzten zu restituiren, und erhält die res certa als stillschweigendes Singular-Fideikommiß (S. 364—367). Beweis. I. Nach den Principien des Röm. Erbrechts ist dieser Weg der Beschränkung als ein normaler möglich, zugleich ist ein anderer Weg in normaler Weise nicht möglich (S. 368—375). II. Dieselbe Behandlung finden wir für die in dem ersten und zweiten Abschnitte enthaltenen Fälle der institutio ex re certa, insoferne dort die Beschränkung, und zwar die totale Beschränkung auf die res certa möglich wird (S. 375—377). III. Die Quellen stellen unsern Fall der inst. ex re certa ausdrücklich auf Eine Linie mit gewissen andern Verfügungen, welche anerkannt denselben Effekt haben. Fr. 69 pr. D. de leg. II (S. 377—381). — Anders realisirt sich die Beschränkung 1) da, wo der ex re Instituirte zu Gunsten eines Nichterben auf die res beschränkt ist, 2) da, wo er excepta certa re instituirt ist (S. 382—383). — Während sich in jenem eigentlichen Falle die angegebene Beschränkung erst seit erstarkter Fideikommißtheorie realisirt, erhielt vorher und bis dahin der ex re Instituirte die ihm auch hier mindestens schon zur Zeit des Aquilius Gallus detracta re geschaffene pars her. in dem jud. fam. erc. verwerthet (S. 384).

§. 21. B. Justinian's const. 13 Cod. de her. inst.

I. Interpretation des einleitenden Theils dieser Verordnung (S. 385—394). II. Der dispositive Theil. Sein juristischer Sinn geht dahin: die fideikommissarische Restitution der dem ex re Instituirten detracta re geschaffenen pars hereditaria soll als schon von vornherein kraft Gesetzes auf die partes der gehörig Eingesetzten geschehen angesehen werden (S. 395—415).

§. 22. II. Die Folgesätze.

Vorbemerkung (S. 416—417). — Verhältniß bei der Testamentserrichtung: der ex re Instituirte kann nicht Zeuge bei diesem Testamente sein; er ist als Notherbe gültig eingesetzt (S. 417—418). — Verhältniß nach des Erblassers Tod. Stellung der gehörig Eingesetzten. Kraft Gesetzes ist schon von vornherein ihnen allein die hereditas in den vermögensrechtlichen Beziehungen praktisch deferirt. Folgen rücksichtlich der Größe ihrer praktischen partes hereditariae, rücksichtl. der commoda und incommoda her., rücksichtl. Accrescenzrechts beim Wegfalle eines oder mehrerer der gehörig Eingesetzten (S. 418—422). — Stellung des ex re Instituirten. Seine Stellung zur Erbschaft. Er ist noch im neuesten Rechte wirklicher Erbe, wird aber 1) bei wirklicher oder noch zu erwartender Conkurrenz wenigstens Eines der gehörig Eingesetzten von vornherein rücksichtl. der Vermögensbeziehungen nicht praktisch als Erbe behandelt (S. 423), während er 2) beim Wegfalle sämmtlicher gehörig Eingesetzter jure accr. zur ganzen Erbschaft gerufen ist (S. 424).

§. 23. II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

Der Anspruch des ex re Instituirten auf die res certa. I. Er erhält diesen Anspruch nur dann, wenn er wirklich Erbe wird, die res ist aufzufassen als ein ihm unter der stillschweigenden Bedingung „si heres erit" hinterlassenes Vermächtniß (S. 425). II. Von wem und woraus ist die res certa zu prästiren? A. Auf welchen direkten partes lastet die Prästation der res certa? Besteht die res in einer in der Erbschaft enthaltenen species, dann ist sie pro rata aus den direkten partes der gehörig Eingesetzten und aus der restituirten pars des ex re Instituirten zugleich zu entrichten; besteht dagegen die res in einer generischen Geldsumme, dann wird sie zunächst lediglich aus der restituirten pars des ex re Instituirten bezahlt, und nur der hiernach noch bleibende Rest der Geldsumme haftet auf den direkten partes der gehörig Eingesetzten. Erklärung und Anwendung von fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. und fr. 77 pr. D. de leg. II (S. 427—431). B. Wie gestaltet es sich mit dem Anspruche auf die res certa,

soweit deren Prästation nach dem soeben Bemerkten auf der restituirten pars des ex re Instituirten ruht? Erörterung über das juristische Schicksal der einem Fiduciar hinterlassenen Vermächtnisse, soweit deren Objekt in der von ihm zu restituirenden Erbschaft oder Erbportion liegt; insbesondere Erklärung von fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb., Vereinigung dieser Stelle mit fr. 86 D. ad leg. Falc. (S. 432—441). III. Erwerb und Geltendmachung des Vermächtnisses der res certa, insbesondere Zutritt des ex re Instituirten zu dem judicium fam. erc. (S. 441—444.)

§. 24. II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

IV. Kann es sein, daß der ex re Instituirte, obwohl Erbe geworden und Erbe geblieben, dennoch die res certa entweder gar nicht, oder nicht vollständig erhält? A. Verhältniß, wenn der Testator durch Zuwendung der res die für Vermächtnisse bestehenden Grenzen der Honorirung überschritten hat. 1) Einfluß der Erbschaftsschulden auf das Bekommen der res certa (S. 445). 2) Pflichttheilsverletzung eines der gehörig Eingesetzten durch die Größe der res certa (S. 446). 3) Die gehörig Eingesetzten können der res certa vorkommenden Falls die Falcidische Quart abziehen, nicht nur in dem Rechte der Compilation, sondern auch, wenigstens im Zweifel, noch seit Nov. 1 c. 2 §. 2 (S. 447—450). B. Verhältniß, wenn die res certa gar nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse vorhanden ist. Insoferne die rei mentio nicht ein die Ernstlichkeit des Willens ausschließendes derisorium, oder einen für den Rechtsbestand der Einsetzung wesentlichen Irrthum enthält, bleibt die Einsetzung selbst auch hier gültig, und auch rücksichtlich des Bekommens geht der Eingesetzte nicht leer aus; letzteres jedoch in etwas anderer Art als da, wo zugleich sämmtliche Miterben (§. 14) auf res certae eingesetzt sind: mag die Erbschaft überschwert sein oder nicht, immer hat der ex re Instituirte einen direkten Anspruch auf ein Werthäquivalent der res, jedoch dieß mit Einhalten der unter A angegebenen Grenzen der Honorirung. Nur dann, wenn die res total unkenntlich bezeichnet ist, erhält der Eingesetzte den Werth der ihm detr. re geschaffenen pars (S. 452—457). C. Verhältniß, wenn der Instituirte den Anspruch auf die res certa verliert durch Verzicht auf dieselbe, durch Indignität, durch veränderten Willen des Erblassers (S. 458). D. Muß der Eingesetzte unter Umständen durch Concurrenz von Vermächtnissen zu Gunsten Andrer die res certa theilweise, vielleicht gar ganz einbüßen? 1) Bei Vermächtnissen, welche auf der Erbschaft selbst ruhen; 2) bei Vermächtnissen, welche der Testator

Quellenregister.

(Nur diejenigen Stellen sind hier angegeben, welche entweder ausführlich erklärt sind, oder zu deren Erklärung etwas beigetragen ist.)

*) Nach dem Berliner jus civ. antejust.

3. Codex.

4) Novellen.

Die

Heredis institutio ex re certa.

Einleitung.

§. 1.

Allgemeine Bemerkungen über das Wesen der Beerbung nach Römischem Rechte.

Das Römische Recht setzt das Wesen der Beerbung in Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen; der Erbe tritt in die Rechtssphäre des Erblassers als in ein Ganzes [1]), er wird mit demselben juristisch Eine vermögensrechtliche Person [2]).

Der Grund dieser Auffassung ist eigentlich schon damit gegeben, daß überhaupt eine Beerbung anerkannt ist, d. h. daß anerkannt ist, die Vermögensverhältnisse eines Verstorbenen sollen nicht untergehen, sie sollen erhalten und auf Andere übertragen werden, — insoferne man nämlich dabei mit dem Römischen Rechte von einer richtigen Ansicht über das Wesen der Rechtsverhältnisse, über den Zusammenhang derselben mit ihrem Subjekte ausgeht.

---

[1]) Fr. 24 D. de verb. sign. (50, 16) : nihil aliud est hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. — Fr. 62 D. de reg. jur. (50, 17).

[2]) Fr. 22 D. de usuc. (41. 3); heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. — Fr. 59 D. de reg. jur. (50. 17) : heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. — Nov. 48 praef. : — — quum tamen legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit.

Hiernach haben Vermögensrechte, wie überhaupt Rechtsverhältnisse als solche, eine wirkliche Existenz nur durch Beziehung zu ihrem Subjekte. Mit Aufhören des Subjekts sind daher an sich und nach natürlicher Betrachtung auch die Rechtsverhältnisse desselben erloschen, die Eigenthumsobjekte werden herrnlos, die Forderungen und Schulden verschwinden ganz und gar. Sollen also, der Aufgabe des Erbrechts zufolge, die Vermögensverhältnisse dennoch über den Tod ihres bisherigen Subjekts hinaus erhalten und auf Andere übertragen werden, so muß das Subjekt selbst, obwohl physisch nicht mehr vorhanden, vermöge juristischer Fiktion als forterhalten gedacht werden, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers muß fortdauern; zunächst diese, das juris nomen[3]) der hereditas, wird auf den Erben übertragen, erst hierdurch vermittelt gehen auf ihn nunmehr auch die einzelnen, so conservirten, Vermögensverhältnisse des Verstorbenen über, per hereditatem res hereditariae ad heredem transeunt.

Der soeben ganz allgemein behauptete Zusammenhang der Rechtsverhältnisse mit ihrem Subjekte tritt theils für bestimmte Beziehungen, theils für bestimmte Arten derselben noch ganz besonders bemerklich hervor. Zunächst für die Forderungen und Schulden. Diese, deren Mitaufnahme in die Vererbung sich als dringendes Bedürfniß für dauernden und sicheren Verkehr geltend macht, leiden, ihrer relativen Natur wegen, selbst unter Lebenden keinen Uebergang als Einzelnheiten auf Andere, keine successio singularis[4]); sollen sie also überhaupt fähig werden,

---

[3]) Fr. 50 pr. D. de her. pet. (5. 3). Fr. 119, fr. 178 §. 1, fr. 208 D. de verb. sign. (50. 16), s. unten Note 11—13.

[4]) GAJ. II, §. 38. 39. Durch novatio ist allerdings für eine obligatio als Einzelnheit Personenwechsel möglich, allein hier erlischt die obligatio, eine neue entsteht statt der alten. Soll die alte bestehen bleiben, so ist für die aktive Seite der obligatio nur Ueberlassen der Geltendmachung ihrer materiellen Vortheile möglich, durch wirkliches oder fingirtes manda-

auf Andere überzugehen, so kann dieß nur dadurch geschehen, daß man die Persönlichkeit des bisherigen creditor, beziehungsweise debitor als nicht erloschen, als in den Successor übergegangen denkt, so daß dieser darum, als Repräsentant des Verstorbenen, Gläubiger und Schuldner wird, wo es der Erblasser war. — Aber selbst für corpora, obwohl dingliche Rechte in der Regel unabhängiger von der Existenz ihres jeweiligen Inhabers, und daher auch als Einzelnheiten übertragbar sind, können Beziehungen zur Person des bisherigen Inhabers vorliegen, welche den Uebergang des Rechts auf Andere nur dadurch möglich machen, daß jene Beziehung zu ihrem ursprünglichen Subjekt als fortdauernd gedacht wird [5]. Ja, überhaupt die Bestandtheile eines Vermögens betrachtet, sie lassen sich nicht als etwas Abgeschlossenes, also todt Daliegendes auffassen, sie sind einer Veränderung, Vermehrung, Verminderung fähig, deren juristische Keime vielleicht schon längst, schon bei Lebzeiten des Erblassers, vorhanden waren [6], aber erst in der Zukunft, oft erst spät und ungewiß, ob und wann, ihre Wirkung äußern werden; der Uebergang auch dieser juristischen Veränderlichkeiten

---

tum in rem propriam (cessio), das aber den Cessionar nur zum procurator (in rem suam), nicht zum successor macht; für die passive Seite ist nicht einmal ein solcher indirekter, den Gläubiger bindender Ausweg möglich.

[5]) Fr. 62 D. de acq. rer. dom. (41, 1): quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis ad heredem, et res, cujus aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur. Fr. 1 §. 1 D. de fund. dot. (33. 5).

[6]) Man denke z. B. an conditio usucapiendi zum Nachtheil oder Vortheil des Erblassers, an Suspensiv- oder Resolutivbedingungen, an Zeitbestimmungen, deren Festsetzung in der Vergangenheit liegt. Zum Theil mit Rücksicht hierauf, zum Theil aber allerdings auch mit Rücksicht auf ganz neue, erst nach dem Tode des Erblassers eingetretene Ereignisse ist es zu verstehen, wenn gesagt wird, die hereditas lasse ein augmentum und eine deminutio, eine accessio und decessio zu. Fr. 20 §. 3 D. de hered. pet. (5. 3). Fr. 178 §. 1 D. de verb. sign. (50. 16).

kann, wenn wirklich das Vermögen, so wie es bei dem Erblasser war, übergehen soll, nur durch Annahme der Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit bewirkt werden [7]).

Die Folge jener Auffassung zeigt sich darin, daß die Beerbung sowie als unabhängig von Zeit [8]), so auch als unab-

---

[7]) Daß diejenigen Vermögensverhältnisse, welche ihrer besondern Natur nach an die Individualität des bisherigen Subjekts gebunden sind, sowie die das Vermögen überhaupt nicht berührenden Rechtsverhältnisse aus dem Kreise der Vererbung ganz und gar ausgeschieden bleiben, bedarf hier keiner Erörterung, s. darüber v. Savigny, Syst. Bd. II, S. 91 ff., Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. XLIII, S. 4 ff.

[8]) Als unabhängig von der Zeit insofern, als die in jener Auffassung liegende Idee einer vermögensrechtlichen Unsterblichkeit es mit sich bringt, daß 1) bis zum Antritte der Erbschaft durch den Erben die Persönlichkeit des Erblassers als in der hereditas jacens fortlebend betrachtet wird, §. 2 J. de her. inst. (2. 14) pr. J. de stip. serv. (3. 17). Fr. 15 pr. D. de interrog. (11. 1), fr. 31 §. 1 D. de her. inst. (28. 5), fr. 33 §. 2, fr. 34 D. de acq. dom. (41. 1), fr. 22 D. de fidej. (46. 1); denn untergehen darf sie unterdessen nicht, etwas Todtgewordenes kann nicht wieder aufleben. In diesen Gesichtspunkten liegen zugleich die, unsrer Ansicht nach mit Recht, von Puchta (Pandekten §. 447 und Vorlesungen zu diesem Paragraphen) hervorgehobenen Anstände gegen die abweichenden Meinungen von v. Savigny Syst. Bd. II, §. 102 und Jhering, Abh. Nr. III.; 2) daß ferner, wenn der Erbe einmal Erbe geworden ist, er nicht wieder aufhören kann, Erbe zu sein, sowie daß die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers auch auf die Erbeserben, und nur auf diese, durch alle Generationen übergeht, fr. 7 §. 2 D. de acq. vel om. her. (29. 2), fr. 65, fr. 70 D. de verb. sign. (50. 16), fr. 194 D. de reg. jur. (50. 17), c. 14 C. de her. inst. (6. 24) : — — antiqua regula, quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem, Puchta, Pandekten §. 447 a. E. und Vorlesungen dazu, Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. XXXV, S. 77—80; dies wird praktisch wichtig, so lange noch vermögensrechtliche Nachwirkungen aus der Zeit des ursprünglichen Erblassers sich zeigen, was geschehen kann, auch wenn längst keine Erbschaftssachen mehr sich bei dem Erben und den Erbeserben finden, z. B. fortdauernde Verpflichtung, facta defuncti zu prästiren u. s. w. — Dagegen der Satz, daß das Recht des Erben, wie spät er auch die Erbschaft antrete, juristisch doch immer auf den Tod des Erblassers zurückbezogen wird, fr. 54 D. de acq. vel om. her. (29. 2), fr. 138 pr., fr. 193 D. de reg. jur. (50. 17) ist nicht sowohl Folge jener vermögensrechtlichen Unsterblichkeit, und nicht Eigenthümlichkeit der Universal-

hängig von räumlichem Gegenstande gedacht wird, der Gegenstand der Beerbung, die Erbschaft, hereditas in diesem Sinne, erscheint als ein ideelles Begriffsganzes, als eine universitas [9]. So wenig nun eine universitas personarum mit den einzelnen Mitgliedern der universitas zu thun hat, so wenig sie aus der Totalität aller jetzt lebenden Mitglieder besteht, so wenig besteht diese Vermögens-universitas aus den einzelnen materiellen Bestandtheilen des Vermögens, oder auch nur aus dem Aggregate derselben, sie ist etwas von diesen Bestandtheilen verschiedenes Drittes, das diese wohl nach sich zieht, aber nicht aus ihnen seinen Begriff bildet, sie ist die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers zu allen denjenigen Vermögensbeziehungen, welche bei seinen Lebzeiten, wenn auch nur im Keime, aktiv und passiv concret geworden sind [10], d. h. eben seine vermögensrechtliche Persönlichkeit, oder, wie man es auch ausdrücken darf, seine Vermögens**herrlichkeit**, bestehend durch rechtliche Auffassung, als juris nomen [11]. Ihre Unabhängigkeit von Qualität und

---

Succession, sondern Folge des Begriffes der **Succession überhaupt**; dieser fordert, daß das spätere Recht der Zeit nach unmittelbar auf das frühere folgt. v. **Savigny**, Syst. Bd. III, S. 9.

[9] Fr. 208 D. de verb. sign. (50. 16) : bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac jus successionis, et non singulas res demonstrat.

[10] Fr. 3 pr. §. 1 D. de bon. poss. (37. 1) : bona autem hic ita accipienda sunt universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. (§. 1.) Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo rescribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis, quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait. So bezeichnet auch der Ausdruck omnium bonorum hereditas, fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (28. 5), daß die hereditas etwas von den bona Verschiedenes ist.

[11] Fr. 178 §. 1 D. de verb. sign. (50. 16) : hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit.

Quantität der etwaigen materiellen Bestandtheile des Nachlasses zeigt sich darum auch darin, daß selbst wo keine corpora[12]), wo überhaupt keine activa vorhanden sind, es doch eine Erbschaft bleibt, und ebenso, daß selbst ein überschuldetes Vermögen eine Erbschaft bildet[13]).

Gerufen ist daher der Erbe zur successio per universitatem, d. h. nicht auf die einzelnen Nachlaßbestandtheile, nicht auf deren Aggregat, sondern auf ein einziges Begriffsganzes (universitas)[14]), weßhalb denn auch sein Succediren durch einen einzigen ungetheilten Erwerbsakt geschieht. Freilich mit dem Eintritt in das jus defuncti (per universitatem) gehen auf ihn auch res hereditariae über, allein dieß ist wohl das von selbst Folgende, aber nicht das Wesentliche. Zwischen Gerufensein und Bekommen, beziehungsweise Behalten, ist rechtlich ein großer Unterschied; es kann sein, der Erbe, obwohl gerufen und Erbe geworden, bekommt nichts, dieß nicht bloß da, wo sein Recht durch Exceptionen vereitelt, oder als gar nicht vorhanden betrachtet wird (wo er überhaupt nicht als Erbe behandelt wird), sondern auch wenn die Erbschaft keine Aktiva enthält, vielleicht gar eine hereditas damnosa ist; es kann ferner sein, er muß das, was er bekommt, zum Theil, ja ganz an Andere wieder herausgeben, besonders in Folge ihm auferlegter Singular- oder Universal-Vermächtnisse; ja es kann endlich sein, er be-

---

[12]) Fr. 50 pr. D. de her. pet. (5. 3) : hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.

[13]) Fr. 119 D. de verb. sign. (50. 16) : hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem, juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio. — Fr. 3 pr. D. de bon. poss. (37. 1) oben S. 5, Note 10. Nur müssen Aktiva möglich gewesen sein, sonst war der Verstorbene kein Rechtssubjekt.

[14]) Fr. 37 D. de acq. vel om. her. (29. 2) : heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeunt.

kommt Bestandtheile, zu denen er als Erbe gar nicht gerufen war, dieß dann, wenn er Theilerbe ist, und ihm zugleich ein Prälegat hinterlassen wird, oder ihm der Miterbe seine Portion als fideicommissum hereditatis zu restituiren hat.

Obwohl nun der Erbe auf die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers als ein Ganzes gerufen ist, so kann und muß doch eine Theilung dann eintreten, wenn mehrere Erben zugleich[15]) gerufen sind und erwerben; allein auch

---

[15]) Die rechtliche Möglichkeit von Miterben, also die Theilbarkeit der hereditas, steht mit der Bedeutung der Beerbung als Berufung auf das Ganze nicht im Widerspruch, rechtfertigt sich vielmehr im Einklang mit dem Bisherigen so: die hereditas ist nicht das Aggregat der wirklichen Bestandtheile der Erbschaft, sondern die über jedem einzelnen und zugleich über allen Bestandtheilen stehende rechtliche Stellung des Erblassers zu denselben; vererblich sind nun nur Vermögensbeziehungen; eine jede Vermögensbeziehung aber läßt zu, daß nicht bloß ein Einzelner, sondern auch daß Mehrere an ihr participiren, was sich freilich bei den einzelnen Vermögensbeziehungen in verschiedener Art gestaltet, bei dem Eigenthum entsteht condominium pro indiviso, ein ähnliches Verhältniß bei Emphyteusis und Superficies; Pfandrecht und Realservituten begründen solidarische Berechtigung der mehreren Subjekte, Obligationen begründen je nach Umständen bald solidarische, bald blos ratenweise Berechtigung und Verpflichtung Mehrerer. Es ist also ganz thunlich, daß die rechtliche Stellung, die der Erblasser als alleiniges Subjekt zu seinen Vermögensbeziehungen einnahm, unter mehrere Personen getheilt wird, was dann bei den Miterben für jeden der einzelnen Vermögensbestandtheile die angegebene Gestaltung consequent zur Folge haben muß, wie wir es auch in der That finden, nur daß für Forderungen und Schulden die 12 Tafeln ganz allgemein Theilung jeder einzelnen pro rata hereditaria aussprechen, so daß Solidarität nur da eintritt, wo es das untheilbare Objekt der obligatio nicht anders möglich macht, dagegen nicht auch da, wo sonst noch, wenn unter Lebenden die obligatio gleich anfangs unter mehreren entstanden wäre, ein Solidarverhältniß sich gestaltet hätte. — So wie nach dem Bisherigen die Concurrenz von Miterben sich einfach juristisch rechtfertigt, so war auch ihr faktisches Vorkommen bei den Römern eine schon der frühesten Zeit angehörende natürliche Thatsache, wenn man nur an die legitima hereditas mehrerer gleich nahe stehender, z. B. mehrerer sui heredes, denkt; bei der testamentaria hereditas dagegen scheint ursprünglich immer nur Ein Erbe ernannt worden zu sein, wenigstens weist

hier macht sich die Berufung eines jeden einzelnen Erben zur successio in universum jus defuncti geltend, und zwar vornehmlich in drei Beziehungen. Zunächst erscheint eine Concurrenz von Miterben überhaupt nur da statthaft, wo sie aus einem und demselben Berufungsgrund hervorgeht[16]), daher einerseits nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest[17]), und andererseits Niemand aus mehreren Testamenten zugleich beerbt werden kann[18]). Sodann ist jeder der Miterben

---

darauf die ursprüngliche Stellung des familiae emtor (Gaj. II, §. 103) hin, und vielleicht (Leist, die bon. possessio Bd. I, S. 151) war eine der Veranlassungen, dem familiae emtor später eine andere Stellung zu geben, gerade mit die Rücksicht, dem Testator die Ernennung mehrerer Erben möglich zu machen.

[16]) Cicero de inventione II, 21. Unius pecuniae plures, dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.

[17]) Fr. 7 D. de reg. jur. (50. 17.) Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. — Anwendungen in fr. 15 §. 2 D. de inoff. test. (5. 2), fr. 6. fr. 19 pr. fr. 37 D. de test. mil. (29, 1.) — Fr. 19 §. 2 D. de castr. pec. (49, 17) §. 5 J. de her. inst. (2. 14.)

[18]) Ulp. XXIII, §. 2. Gaj. II, §. 144. §. 2 J. quib. mod. test. infirm. (2. 17.) Fr. 1 D. de injusto (28. 3). Keiner dieser zwei Sätze ist Formalismus, beide sind Consequenzen aus dem Princip, und zwar beruhen beide auf einem und demselben Fundamente; das entferntere Fundament ist die obige Bedeutung der Beerbung überhaupt, das nähere ist die Bedeutung des Testirakts, worin sich wieder die Bedeutung der Beerbung überhaupt spiegeln muß. Der Testirakt ist die cum observantia legum gegebene Willenserklärung, wer Erbe sein soll, an der Bedeutung und Bestimmung des Erben kann dabei nichts geändert werden. Nun kann der Erblasser zwar mehrmals seinen Willen aussprechen (ambulatoria est enim voluntas usque ad vitae supremum exitum fr. 32 §. 3 D. de don. int. vir. et ux. (24. 1), allein so oft er ihn, der immer auf das Ganze geht, ausspricht, muß die frühere Willenserklärung als Erbeseinsetzung sinken, und eben so, so oft er ihn ausspricht, können nur die Testamentserben gerufen sein, selbst wenn er dabei gewollt hätte, daß daneben Intestaterbfolge eintreten solle; er hätte dann diesen Theil seines Willens sine observantia legum ausgesprochen, er hätte die Intestaterben daneben durch ge-

an und für sich dennoch auf das Ganze berufen, die Theile geben nur den Maaßstab für die Theilnahme der Erben an den Vermögensbeziehungen des Erblassers auf den Fall ab, daß alle Gerufene auch wirklich erwerben; fällt dagegen Einer oder fallen Mehrere weg, ohne erworben, und ohne z. B. im Substituten einen Stellvertreter hinterlassen zu haben, dann accrescirt die nun vacant gewordene Portion des Weggefallenen den Uebrigen mit Rechtsnothwendigkeit [19]), eben weil schon von Anfang an jeder auf das Ganze gerufen war, und nur durch wirkliche Concurrenz Gleichberechtigter sein Recht beschränkt wird (partes solo concursu fiunt) [20]). Endlich und hauptsächlich sind die Theile, zu denen die Miterben zunächst gerufen sind, wieder nicht qualitativ, sondern quantitativ verschieden von dem Ganzen, sowie das Ganze, so sind auch die Theile unabhängig von den einzelnen materiellen Bestandtheilen des Nachlasses (res hereditariae), nicht diese sind vertheilt, dieser an den, und dieser an jenen der Erben, sondern das jus ipsum defuncti, die vermögensrechtliche Persönlichkeit ist getheilt, es entstehen Quoten, Rechnungstheile des ideellen Begriffs der hereditas [21]), und eine jede dieser partes hereditariae erstreckt sich gleichmäßig über jede einzelne

---

hörige Einsetzung mit zu Testamentserben machen sollen. Die Vererbung kann zwar nach verschiedenen Personen hin ihre Strahlen brechen, allein ausgehen können diese Strahlen immer nur von Einem Brennpunkt. Was sollte auch, wenn zugleich testamentarisch und ab intestato deferirt wird, geschehen, wenn z. B. die Intestaterben nicht erwerben, u. s. w.? Welches juristische Band sollte das, was hier von Anfang keine Einheit war, später zu einer Einheit machen? S. Huschke, Rhein. Mus. Bd. VI, p. 273—281; Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. XL, p. 149 ff.

[19]) Fr. 53 §. 1 D. de acq. vel. om. her. (29. 2.)

[20]) Fr. 80 D. de leg. III (32) : Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est, totam hereditatem vel tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.

[21]) §. 5 J. de her. inst. (2. 14.) Fr. 13 §. 1. Fr. 50 §. 2 D. eod. (28. 5.)

im Nachlaß enthaltene res hereditaria, in der Art, daß durch den Erbschaftserwerb unter den Miterben jede einzelne Forderung und Schuld, soweit nicht Untheilbarkeit des Objekts ein solidarisches Verhältniß nothwendig macht[22]), nach den 12 Tafeln ipso jure pro rata hereditaria reell[23]), dagegen jedes einzelne corpus hereditarium nach derselben Rate intellectuell getheilt ist, also hier eine Rechtsgemeinschaft unter den Miterben entsteht[24]). Erst durch das nun folgende judicium familiae erciscundae sollen sie aus dieser communio scheiden[25]), und indem hier die einzelnen in der communio begriffenen Bestandtheile (res hereditariae im engern Sinne)[26]) reell vertheilt, die ratae hereditariae reell verwerthet werden, kann es allerdings kommen, daß Einem der Miterben eine einzelne res hereditaria ausschließlich adjudicirt wird, allein die Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers unter den Erben wird auch durch diese Erbauseinandersetzung nicht aufgehoben.

§. 2.

Anwendung des Bisherigen auf die Art und Weise, insbesondere auf den Gegenstand der Erbeseinsetzung. Begriff der institutio ex re certa. Dieselbe widerspricht den Principien des Römischen Erbrechts.

Die bisherigen Sätze über Bedeutung der Beerbung, der Erbschaft und über Bestimmung des Erben sind die Grundprincipien, von welchen in der mannigfaltigsten Beziehung das Erbrecht beherrscht wird, sie gelten, als publici juris, gleichmäßig

---

[22]) Z. B. fr. 25 §. 9—13 D. fam. erc. (10. 2.)

[23]) C. 1 C. si cert. pet. (4. 2), c. 1. 2. 6. 7 C. de act. her. (4. 16), c. 6 C. fam. erc. (3. 36), c. 10 C. de jure delib. (6. 30), c. 1. 2 C. si unus ex plur. her. (8. 32.)

[24]) §. 4 J. de obl. quae quasi ex contr. (3. 27.) — Fr. 4 pr. D. fam. erc. (10. 2.)

[25]) Fr. 1 pr. D. fam. erc. (10. 2.)

[26]) S. die Stelle der vorigen Note.

für das civile wie für das prätorische Erbrecht, ebenso gleichmäßig für die Intestat- wie für die testamentarische Erbfolge, letzteres, sofern man absieht von dem Testamente des Soldaten, das uns jedoch hier vorerst nicht berührt.

Fassen wir nun den Satz, der Erbe ist gerufen zum Eintritt in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, nochmals in das Auge, und zwar mit besonderer Rücksicht auf den testamentarischen Erben, so müssen wir sagen: der Erblasser kann im Testamente wohl anordnen, wer ihn beerben soll, aber die rechtliche Bestimmung des Erben kann er nicht verändern [1]). Zwar scheinen die Zwölftafelworte: „uti legassit rei suae, ita jus esto" [2]) dem Testator allgemein freie Willkür, also auch hier, zu gestatten, allein es wird uns zugleich auch gesagt: „sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium" [3]), ja für den soeben ausgesprochenen Satz dürfen wir nicht einmal eine erst spätere Beschränkung ursprünglich stattgefundener Freiheit annehmen, er galt, eben als publici juris [4]), von jeher unabänderlich.

Sowie nun hiernach der Testator mit Rechtsbestand nichts anordnen kann, was der Auffassung der hereditas als einer von der Zeit unabhängigen vermögensrechtlichen Unsterblichkeit widerspricht [5]), so kann er auch, was den Gegenstand der Ein-

---

[1]) S. 8, Note 18.

[2]) Ulp. XI, §. 14.

[3]) Fr. 120 D. de verb. sign. (50. 16.)

[4]) Fr. 3 D. qui test. facere possunt (28. 1), fr. 55 D. de leg. I. (30), fr. 15 §. 1 D. ad leg. falc. 35. 2. c. 13 C. de test. (6. 23.)

[5]) Darum kann er nicht einen Erben von einer bestimmten Zeit an, oder bis zu einer bestimmten Zeit ernennen. §. 9 J. de her. inst. (2. 14), fr. 34 D. eod. (28. 5), ferner nicht dem Erben für den Fall, daß dieser wirklich erwirbt, einen Anderen als Erben substituiren (Gaj. II, §. 184), c. 6 init. C. de test. mil. (6. 21); ebenso kann er der Einsetzung keine Resolutivbedingung beifügen. Fr. 88 D. de her. inst. (28. 5.) Dagegen

setzung betrifft, nichts an der deßfallsigen Bedeutung der hereditas ändern; er kann nichts verordnen, was der Einsetzung auf das juris nomen, auf den Rechtsbegriff der hereditas, entgegen ist. Will er nur einen einzigen Erben ernennen, so hat er ihn schlechthin auf das Ganze zu instituiren, ja eine Bezeichnung des Gegenstandes ist hier überhaupt nicht nöthig, sie liegt (eben wegen der rechtlichen Bedeutung des Erben) schon in den Worten: er soll mein Erbe sein, heres mihi esto L. Titius [6]); ebenso ist sie im Allgemeinen da nicht nöthig, wo er mehrere Erben neben einander ernennt, indem diese nun von selbst auf Bruchtheile des Ganzen gerufen sind, und zwar, weil die Größe der Theile nicht bezeichnet ist, in der Regel auf gleich große Theile; nur dann hat er die Theile besonders zu bezeichnen, wenn er sie von ungleicher Größe haben will [7]), aber auch hier kann er sie immer nur auf Theile der hereditas, auf partes hereditariae einsetzen [8]), mit anderen Worten, der einzige Erbe muß immer als heres ex asse, Miterben müssen entweder als heredes sine partibus, oder als heredes ex certis partibus instituirt sein.

Wie nun aber, wenn ein Testator, indem er nur einen einzigen Erben ernennt, dabei sagt: er soll mein Haus erben, oder

---

Suspensivbedingungen sind allerdings zulässig, sie lassen nicht ungewiß, ob Beerbung eintritt, sondern wer der Erbe sein wird.

[6]) Damit steht im Zusammenhang fr. 1 §. 3 D. de her. inst. (28. 5): qui neque legaturus quid est, neque quemquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat: L u c i u s T i t i u s m i h i h e r e s e s t o. Haec autem scriptura pertinet ad eum, qui non per scripturam testatur, qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: L u c i u s h e r e s e s t o; nam et m i h i et T i t i u s abundat.

[7]) §. 6 J. de her. inst. (2. 14.) Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse, satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse.

[8]) Fr. 9 §. 12 D. de her. inst. (28. 5): Heredes juris successores sunt, et si plures instituantur, dividi inter eos a testatore j u s oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt.

indem er mehrere Erben, etwa den A, B, C einsetzt, so verfügt: A soll 1000 fl. erben, den B setze ich auf mein Grundstück ein, der Erbtheil des C sei mein Vermögen in Italien; oder endlich wenn er Einen oder Mehrere in gehöriger, oben angegebener Art einsetzt, daneben aber noch den X auf sein Waarenlager zum Erben einsetzt? kurz, wie ist es, wenn er einen, mehrere oder alle Erben auf *bestimmte Vermögensobjekte* instituirt, statt auf den Rechtsbegriff der hereditas oder auf partes hereditariae?

Man nennt eine solche Erbeseinsetzung institutio ex re certa, den so Eingesetzten heres ex re certa institutus. Die Verfügung setzt also voraus, daß der Erblasser damit einerseits wirklich eine *Erbeseinsetzung*, nicht ein bloßes Vermächtniß, anderseits aber als Gegenstand der Einsetzung eine *res certa* gemeint hat. Der Begriff der res certa ist eigentlich schon durch das Gesagte hinreichend gegeben, er umfaßt jeden materiell bestimmten Vermögensbestandtheil im Gegensatze zu dem ideellen Begriffe der hereditas oder pars hereditaria, einerlei unter dieser Voraussetzung, ob es eine einzelne Sache oder ein Complex von Sachen ist (z. B. mein Vermögen in Italien), ob es ein corpus oder eine Forderung ist (z. B. A soll die 1000 fl. erben, die ich an den X zu fordern habe), ob es eine species oder ein genus ist, z. B. eine bestimmte Summe Geldes. Fassen wir nun wirklich den Begriff der res certa so weit, daß er gleichbedeutend mit *irgend einem* materiellen Vermögensbestandtheil ist, so dürften ohne Anstand nicht blos Aktiva, sondern auch Passiva daher gehören, und ebenso Vermögensobjekte, die dem Erblasser gar nicht gehören; indeß wollen wir die Frage, ob wirklich auch solche Objekte als res certae im Sinne der institutio ex re certa angesehen werden können, einem späteren Orte vorbehalten, uns genügt hier vorerst, den gewöhnlichen Fall vorauszusetzen, wonach res certa ein materiell bestimmter *Aktiv*-Vermögensbestandtheil der *Erbschaft* sein wird.

Daß eine solche institutio, d. h. der Wille, der Eingesetzte solle Erbe sein auf diese res certa, und nur auf diese, rechtlich nicht bestehen kann, ergibt sich einfach aus allem Bisherigeu. Zunächst ist nicht einmal qualitativ der rechte Gegenstand gewählt, dieser ist der von den materiellen Vermögensbestandtheilen unabhängige Rechtsbegriff der hereditas, beziehungsweise für Miterben eine pars hereditaria, gleichmäßig über alle res hereditariae sich erstreckend, so daß man zu einem einzelnen Bestandtheil als solchem überhaupt nicht gerufen sein kann, heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit (s. oben S. 6, Note 14); darum werden nicht nur die res hereditariae der hereditas und pars hereditatis in den Quellen entgegengesetzt [9]), es wird auch ausdrücklich gesagt: non proprie pars hereditatis in una aliqua re intelligitur [10]). Insbesondere aber ist das Charakteristische der Beerbung der Uebergang von Forderungen und Schulden; so wie sich dieser bei keinem successor singularis findet, so muß er sich bei jedem Universalsuccessor auf den Todesfall finden; gerade dieses Charakteristische würde aber dem heres ex re certa institutus fehlen, denn einestheils soll er ex voluntate testatoris nur auf die res certa gerufen sein, andererseits läßt der abgesonderte Uebergang

---

[9]) §. 3 J. de inoff. test. (2. 18.) — Fr. 23 §. 1 D. eod. (5. 2.) — Fr. 9. 10 D. de her. pet. (5. 3.) — Fr. 13 D. si quis omissa causa (29. 4.) Fr. 3 §. 1 D. de bon. poss. (37. 1.)

[10]) Fr. 14 D. si quis omissa causa (29. 4). Daß man mit der hereditatis petitio die Restitution materieller Erbschaftsbestandtheile verlangen kann, steht nicht entgegen, erklärt sich vielmehr einfach daraus, daß man mit dieser Klage principaliter Anerkennung des Erbrechts verlangt, und nur folgeweise (als reelle Anerkennung) Restitution der bei dem Beklagten befindlichen Erbschaftsbestandtheile, weßhalb der heres partiarius selbst an dem kleinsten Erbschaftsbestandtheil immer nur Restitution pro rata hereditaria verlangen kann, fr. 1 §. 1, fr. 6 D. si pars her. pet. (5. 4), weßhalb ferner mit der her. petitio, einer dinglichen Klage, auch Erbschaftsforderungen eingeklagt werden können.

einer res certa schon gesetzlich[11]) kein Mitübergehen von Forderungen und Schulden zu. Ueberdieß würde in dem, doch meist dann vorliegenden Falle, da durch die zugewendeten res certae nicht das ganze Vermögen erschöpft ist, auch abgesehen von der qualitativen Unrichtigkeit der Bezeichnung des Gegenstandes, der Zulässigkeit der inst. ex re certa noch entgegenstehen der Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, denn auf wen soll das übrige Vermögen übergehen, wenn der Eingesetzte die res certa, und nur diese erben soll?

Will der Erblasser Jemanden eine res certa, und nur diese zuwenden, dann hinterlasse er ihm dieselbe als Vermächtniß. Gerade ein Vermächtniß charakterisirt sich, wenn man von dem fideicommissum hereditatis des neueren Rechts absieht, seinem Gegenstande nach dadurch, daß es nur auf materielle Vermögensbestandtheile, auf res singulae[12]), wie groß sie auch ihrem Umfange nach sein mögen[13]), gerichtet ist, weßhalb aber der Vermächtnißnehmer andrerseits nicht juris successor ist[14]), nichts mit dem Uebergange von Forderungen und Schulden, überhaupt

---

[11]) Deßhalb gilt namentlich auch das Sct. Trebellianum nur bei Restitution der hereditas oder einer pars hereditaria, nicht auch, wo die Restitution einer certa res vel quantitas auferlegt ist (fr. 16 §. 2 D. ad Sct. Treb. (36. 1), sollte auch das Objekt noch so großen Umfang haben, sollten es z. B. die bona sein, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet. (fr. 16 §. 6 D. eod.)

[12]) Darum bedarf jedes Vermächtniß einer Angabe des Objekts; der Erblasser kann wohl generell sagen: A soll mein Erbe sein, dagegen nicht auch: A soll mein Vermächtnißnehmer sein.

[13]) Daher sagt Ulp. XXIV, §. 25 von dem Gegenstand des legatum partitionis: Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, was etwas ganz anderes ist, als die hereditas oder eine pars hereditatis.

[14]) §. 11 J. de test. ord. (2. 10), fr. 9 §. 1 D. de edendo (2. 13).

nichts mit der Repräsentation des Erblassers zu thun hat, vielmehr vorausgesetzt wird, daß der Erblasser bereits anderweit repräsentirt ist, indem jedes Vermächtniß nur ein mittelbares, d. h. ein durch vorangegangene direkte Beerbung vermitteltes Verhältniß begründet.

Eine andere Frage ist es, ob und in welcher Weise dem Erblasser vielleicht ein Mittel zu Gebote steht, einen von ihm zum Erben Eingesetzten doch im Effekte des Bekommens auf eine res certa zu beschränken. Diese Frage muß indessen einer späteren Erörterung vorbehalten bleiben; hier genügt vorerst die Bemerkung, daß eine solche Anordnung, soweit wir bis jetzt sehen, keinenfalls die Wirkung äußern kann, daß der Eingesetzte dann Erbe auf die res certa wird.

Nach allem Bisherigen sind heredis institutio und res certa als Objekt der Beerbung durchaus unverträgliche Gegensätze; eine von dem Testator angeordnete institutio ex re certa müßte daher, da sie als Erbeseinsetzung nicht bestehen kann, als eine überhaupt ungültige Verfügung betrachtet werden [15]).

§. 3.

Dennoch findet sich in den Quellen die institutio ex re certa als eine gültige Verfügung. — Vorbemerkungen. Plan der folgenden Darstellung. Die Literatur über unsere Lehre im Allgemeinen.

Sonach dürften wir fast erwarten, daß die Quellen eine solche Erbeseinsetzung nicht einmal berühren. In der That aber finden wir in denselben einen heres ex re certa institutus, eine institutio ex re certa nicht nur mehrfach erwähnt,

---

[15]) Fr. 188 pr. D de reg. jur. (50. 17): ubi pugnantia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est.

wir finden sie sogar als eine gültige Anordnung behandelt; es soll hier noch ganz unentschieden bleiben, ob sie gerade als Erbeseinsetzung oder als was sonst angesehen wird, nur das soll gesagt seyn, sie wird nicht als eine überhaupt unstatthafte und ungültige Verfügung betrachtet, wie man doch nach dem Bisherigen erwarten müßte.

Wodurch wohl die Quellen sich bewogen fanden, die institutio ex re certa auch nur zu erwähnen, scheint nicht zweifelhaft zu seyn: da sie den Principien des Erbrechts so durchaus widerspricht, so war es gewiß nicht die Casuistik der römischen Juristen, die sich einen solchen Fall als möglich dachte und nun juristisch behandelte, sondern im Leben fanden sich Fälle der Art, rechtsunkundige Testatoren trafen hin und wieder die Anordnung einer institutio res certa, die Anordnung kam zur Sprache, es fragte sich, wie sie zu behandeln sey, ob sie aufrecht zu erhalten sey oder nicht.[1]) Nicht als ob solche Testatoren die Anordnung von Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen mit einander verwechselt, als ob sie ein Vermächtniß da gemeint hätten, wo sie eine Erbeseinsetzung ausgesprochen haben, die Verschiedenheit beider Anordnungen in Form und Ausdrucksweise mußte besonders den römischen Testatoren hinlänglich bekannt seyn; es waren vielmehr Fälle, da eine Erbeseinsetzung nicht blos formell angeordnet, sondern auch wirklich intendirt, und nur auf eine res certa beschränkt war, indem der Testator glaubte, es sey zulässig, Jemanden zum Erben auf einen materiellen Vermögens-

---

[1]) Darauf weist die Fassung mehrerer Stellen über unsre institutio ex re certa hin; so heißt es in fr. 35 pr. D. de her. inst. (28, 5): ex facto proponebatur, quidam duos heredes scripsisse, unum rerum provincialium, alterum rerum italicarum; ebenso enthält fr. 78 pr. D. eod. einen praktischen Fall, entnommen aus Papinian's responsa; so ferner enthält fr. 29 D. ad Sct. Treb. (36, 1) ein kaiserliches Rescript, und c. 1. C. Greg. fam. erc. (3, 5) ist gleichfalls ein Rescript.

bestandtheil, oder überhaupt auf das Materielle des Vermögens, einzusetzen; wie wir denn auch für unser heutiges Rechtsleben, das leider die Ausdrücke für Anordnung eines Vermächtnisses und einer Erbeseinsetzung (ich vermache ihm das, er soll das und das erben) oft sehr beliebig durch einander wirft, immer nur an solche Fälle denken dürfen, in welchen eine Erbeseinsetzung wirklich intendirt war.

Im Folgenden soll nun erörtert werden, wie das Römische Recht eine solche institutio ex re certa auffaßt; es lassen sich drei verschiedene Fälle denken, in welchen diese Anordnung vorkommt; es kann sein:

1) der Testator hat nur einen einzigen Erben ernannt, diesen aber auf eine res certa instituirt;
2) er hat mehrere Erben ernannt, und zwar jeden derselben auf eine res certa instituirt;
3) er hat mehrere Erben ernannt, darunter Einen oder Einige in gehöriger Weise instituirt; d. h. als heredes sine partibus oder ex certis partibus scripti, daneben aber Einen oder Einige auf res certae instituirt.

Diese drei Fälle werden denn auch von unseren Juristen von jeher getrennt angegeben, und ebenso beziehen sich die einzelnen Quellenzeugnisse über die institutio ex re certa meist, ja nach der allgemeinen Meinung der Juristen durchgängig, exklusiv nur auf den einen oder anderen dieser Fälle; auch wir ziehen es vor, zunächst jeden derselben einer besonderen Erörterung zu unterziehen, und dann erst zu fragen, ob nicht vielleicht für die Behandlung aller drei Fälle ein gemeinschaftliches Princip besteht, ob nicht vielleicht ein solches von den Quellen selbst ausdrücklich angegeben ist.

Indem so der Plan unserer Abhandlung im Allgemeinen angegeben ist, muß aber noch bemerkt werden, daß die Verschiedenheit der Principien, welche für das Testament eines paganus und für das eines miles gelten, nothwendig auch eine Verschie-

denheit der Behandlung der institutio ex re certa in dem einen und andern dieser Testamente hervorrufen wird; wir haben daher zunächst die Grundsätze der institutio ex re certa für das Testament eines paganus, und sodann die für das Testament eines miles zu betrachten.

Zum Schlusse des Ganzen werden wir die Grenzen der Anwendbarkeit der durch das Bisherige festgestellten Grundsätze über die institutio ex re certa, insbesondere auch von dem Standpunkte des heutigen Rechts aus, in das Auge fassen.

Was die Literatur betrifft, so fehlt es an einer umfassenden Behandlung unserer Lehre bis jetzt gänzlich; man hat, wie schon in der Vorrede bemerkt, bisher meist nur dem dritten der obigen Fälle eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet, weil dieser wegen einer ihn betreffenden Verordnung Justinian's als besonders schwierig erschien, und die verschiedensten Meinungen veranlaßt hat; mit der Behandlung dieses Falles hat man die der beiden anderen Fällen meist nur kurz verbunden, da sie in den Quellen klarer und einfacher entschieden zu sein schienen; es ist darum auch rücksichtlich der Literatur zunächst unten auf die Darstellung jenes dritten Falles zu verweisen. Außerdem findet sich unsere Lehre im Ganzen behandelt in Werken allgemeinen Inhalts, besonders von H. Donellus in dessen comment. jur. civ. Lib. VI. cap. XVIII. §. 18—22; sie ist dort in Verbindung gebracht mit denjenigen Erbeinsetzungsweisen, die als vitios erscheinen, und deren Donellus zwei Classen angibt, die Eine (cap. XVIII) als solche, wobei nur das vitium detrahirt, die Erbeseinsetzung selbst aber aufrecht erhalten wird (dies, conditio impossibilis, res certa), die zweite Classe (cap. XIX), bei welcher durch die fehlerhafte Einsetzungsweise die institutio selbst ungültig ist (interdum demonstratio turpis heredis instituti, interdum conditio in-

stitutioni adjecta); die hier behandelte Lehre von der institutio ex re certa kann aber nichts weniger als befriedigend und erschöpfend genannt werden. — Ferner gibt Galvanus in seinen dissertat. variae de usufructu cap. XIII zur Erörterung der Frage: ob der auf den Ususfrukt Eingesetzte wahrer Erbe sei, einen kurzen Abriß der institutio ex re certa, worin er aber nur den Fall, wo der einzige Erbe auf eine res certa eingesetzt ist und dann besonders den Fall, wo neben anderweit Eingesetzten Jemand auf eine res certa instituirt ist, behandelt, den Fall dagegen, wo sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, berührt er kaum, und auch bei den beiden andern Fällen untersucht er nur, ob die so Eingesetzten Erben seien oder nicht, ohne weiter in das Detail der Lehre einzugehen. Eine ebenso kurze, sich hauptsächlich wieder nur mit der oben genannten Frage befassende Erörterung über den heres ex re certa institutus gibt Averanius, interpretationes juris, Lib. IV. cap. XI, wo er den Satz aufstellt: „si voluntas disponentis discrepat a natura actus et sit manifesta, illa potior esse debet", und als Beispiel zur Erläuterung unter andern die juristische Behandlung der institutio ex re certa bespricht (§. 2 — 8); endlich ist aus der neuesten Zeit hervorzuheben Mühlenbruch in Glück's Commentar der Pandekten, Band XL, S. 165 — 187; er erörtert dort unter den Wirkungen der Regel: nemo pro parte testatus etc. die Behandlung des heres ex re certa institutus, seine Ausführungen, wenn ich ihnen auch nicht überall, besonders bei Auffassung des dritten Falles der institutio ex re certa, beistimmen kann, sind gründlich, allein abgesehen von einigen Specialfragen befaßt auch er sich nur mit der allgemeinen Auffassung der verschiedenen Fälle der institutio ex re certa, ohne vollständig das Einzelne zu verfolgen.

Selbstständige Abhandlungen über die institutio ex re certa besitzen wir nur drei; zunächst: Leyser, diss. de herede in re certa instituto. Vitemb. 1709 (auch in seinen meditt. ad Pand. als

specim. 361), allein auch er hat, wie er selbst im Verlaufe der Darstellung sagt, seine ganze Arbeit nur im Interesse des Falles unternommen, wo neben anderweit Instituirten Jemand auf eine res certa instituirt ist, so daß alles Andere nur kurz von ihm berührt wird, seine Arbeit also dem Titel nicht entspricht. Ferner Jul. Volkmann, praes. Einert, diss. de herede e re certa scripto. Lips. 1827, eine Jugendarbeit, die in Behandlungsart wenig, in Resultaten gar nichts bietet; endlich v. Löhr, die institutio ex re certa, in Linde's Zeitschrift Bd. XIX, Nr. III, ein sehr schätzbarer Beitrag, der indessen nur wenige Blätter enthält, und hauptsächlich nur die Absicht hat, sich gegen eine Ansicht zu erklären, die, wie wir unten sehen werden, von Hennemann und von v. Vangerow über den Fall aufgestellt worden ist, wo neben dem heres ex re certa anderweit Instituirte vorhanden sind. Hiernach neigen selbst diese selbstständigen Abhandlungen über unsere Lehre sich doch immer nur vorzugsweise zu einem einzelnen Theile derselben hin.

Erstes Kapitel.

Die institutio ex re certa in dem Testamente eines paganus.

Erster Abschnitt.

Der Fall, wenn nur ein einziger Erbe, dieser aber auf eine res certa eingesetzt ist.

§. 4.

1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

Ist nur ein einziger Erbe eingesetzt, dieser aber auf eine res certa, z. B. auf ein Grundstück, oder auf das Vermögen, das der Erblasser in Italien hat, so finden wir in dem Römischen Rechte folgende Behandlung: es wird diese nach obigen Principien des Erbrechts eigentlich ungültige Erbeseinsetzung dennoch aufrecht erhalten, und zwar als Erbeseinsetzung; juristisch construirt wird diese Aufrechthaltung dadurch, daß „rei mentio detrahitur," d. h. die Erwähnung der res certa, das mit der Erbeseinsetzung Unverträgliche, wird als nicht hinzugefügt gedacht. Folge dieser detracta rei mentio ist, daß die Erbeseinsetzung nun so dasteht, als sei einfach gesagt z. B. „L. Titius mihi heres esto", das Charakteristische der Erbeseinsetzung ist gerettet, der Erbe ist gerufen zum universum jus defuncti, und da kein sonstiger Honorirter zu ersehen ist, bekommt er auch das Ganze.

Dies wird vorerst in folgenden Stellen ausgesprochen:

Fr. 1 §. 4 D. de hered. inst. (28, 5.) ULPIANUS lib. I ad Sabinum: Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta rei mentione.

Fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.) PAPINIANUS lib. VI Responsorum: — — qui certae rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.[1])

Den Grund und die Rechtfertigung dieser Behandlungsweise unserer institutio ex re certa geben uns die Quellen nirgends ausdrücklich an; daß man, zunächst allgemein gesprochen, den letzten Grund in dem sich so vielfach in dem Erbrechte geltend machenden Bestreben, die voluntas testatoris möglichst zu berücksichtigen, finden muß, ist gewiß und allgemein anerkannt, allein die Frage ist: wie rechtfertigt es sich, daß die Aufrechthaltung der voluntas testatoris gerade zu diesem Resultate der Auffassung der institutio ex re certa kommt? Dieß ist vor Allem zu untersuchen.

1) Zunächst müssen wir sagen, es berechtigt uns der Umstand, daß der Erblasser die heredis institutio auf bestimmte Sachen angeordnet hat, durchaus nicht immer zu dem sicheren Schlusse, daß er gerade nur diese Vermögenstheile gemeint, und den Instituirten nur auf sie beschränkt haben wollte, es kann eben so gut oft nur eine kurze, mehr auf das Materielle gerichtete, Bezeichnung seines gesammten Nachlasses gewesen sein, denn eben dieses Materielle erscheint rechtsunkundigen Testatoren oft als das Praktische bei der Zuwendung, nicht jeder Testator denkt daran, daß, juristisch aufgefaßt, der Erbe eigentlich nur auf das juris nomen der hereditas gerufen sei; so kann der Testator nur die hauptsächlichen Bestandtheile seines Vermögens genannt, und dennoch damit das Ganze gemeint haben; fehlerhaft hat er sich allerdings ausgedrückt, allein seine Absicht war doch, sich wirk-

[1]) Vollständig werden wir diese Stelle in §. 5. Nr. II kennen lernen.

lich einen Universalerben zu ernennen; indem wir nun in solchen Fällen zur Aufrechthaltung juristischer Consequenz die genannten Vermögensbestandtheile detrahiren, und den Eingesetzten auf das gemeinte Ganze rufen, befolgen wir eben nichts anderes als die wirkliche voluntas testatoris, wir befreien dieselbe nur von der unjuristischen Ausdrucksweise. Ja es kann sein, der Erblasser glaubte, die res certae erschöpften sein ganzes Vermögen, oder er hatte zur Zeit der Testamentserrichtung wirklich nichts anderes im Vermögen, als die von ihm genannten res certae, und erst später vergrößerte sich sein Vermögen. Ein ähnlicher Fall findet sich in:

Fr. 19 §. 2 D. de castr. pec. (49, 17.) TRYPHONINUS lib. XVIII Disputationum: Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et dum ignorat, patri se suum heredem extitisse, decessit; non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum est, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori; quod jus iste non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes.

Allerdings war in diesem Falle von Anfang an giltig testirt, denn der filiusfamilias konnte sich nur für sein peculium castrense einen Erben ernennen, allein nach des Vaters Tode, der ja so wenig wie eine stattgefundene emancipatio das Testament rumpirt [2]), erscheint das peculium castrense im Gegensatz zu dem übrigen nun von dem Sohne erworbenen Vermögen nicht als pars hereditatis, sondern als certa res hereditaria; es ist nun nicht ersichtlich, daß der Sohn den Eingesetzten nur auf das

[2]) Fr. 6 §. ult. D. de inj. irrit. test. (28, 3.)

peculium castrense beschränken wollte, sondern er hat über Alles testirt, über was er nach Lage der Sache testiren konnte, man darf daher annehmen, der Testator habe sich einen Universalerben ernennen wollen, gerade wie wenn der Aermste nach der Testamentserrichtung noch neues Vermögen erwirbt; freilich auch unabhängig vom Willen des filiusfamilias paganus wird der Eingesetzte, im Gegensatz von dem im Soldaten-Testamente instituirten Erben (was uns vorerst hier noch nicht berührt) dennoch necessario die universa bona erhalten, und gerade dies führt uns auf einen weitern Fall der institutio ex re certa.

2) Es kann nemlich auch sein, der Testator beabsichtigte mit der Erwähnung der res certae nicht die Bezeichnung seines ganzen Vermögens, er setzte vielmehr den Erben absichtlich nur auf ein einzelnes Vermögensstück, vielleicht nur auf eine Kleinigkeit ein, sodaß wir den Willen des Erblassers annehmen müssen, der Eingesetzte solle wirklich nur Erbe auf die ausdrücklich genannte res certa sein. Dies ist gerade der Hauptfall, hier namentlich fragt es sich, wie das Römische Recht zu jener Behandlung der Erbeseinsetzung gekommen ist, einer Behandlung, die auf den ersten Blick der voluntas testatoris durchaus nicht zu entsprechen scheint. Nach natürlicher Betrachtung nemlich sollte man hier offenbar geneigt sein, als den hauptsächlichen Willen des Erblassers den der Beschränkung des Gerufenen auf diese Sache anzunehmen; dieß als den hauptsächlichen Willen vorausgesetzt, sollte man nun entweder glauben, der Erblasser, indem er den Gerufenen auf die Sache zum heres einsetzte, habe das Wort heres (dessen Bedeutung mit der Berufung auf eine res singula so unverträglich ist) nur abusive gebraucht, er habe nicht Erbeseinsetzung, sondern Vermächtniß gemeint, als solches sei also die Anordnung ex voluntate testatoris zu behandeln, und wenn dies juristisch nicht angehe, sei der Anordnung alle Gültigkeit abzusprechen, wie bei ungiltigen Vermächtnissen überhaupt; oder aber man sollte erwarten, daß wenn auch der Erblasser

einen heres meinte, doch auf den dabei ausgesprochenen Willen, es solle demselben nichts weiter als die res certa zugewiesen sein, so großes Gewicht zu legen sei, daß, weil letzteres sich juristisch nicht realisiren lasse, es sich viel eher rechtfertige, bei der eigentlichen Ungiltigkeit solcher Verfügung stehen zu bleiben, als die heredis institutio aufrecht zu erhalten, und dem Eingesetzten somit gegen des Erblassers Willen Alles zuzuwenden mit Ausschluß der Intestaterben, denen dadurch das übrige, vielleicht sehr bedeutende, Vermögen des Erblassers entgeht, was ihnen nicht entgangen wäre, hätte man es bei der Ungiltigkeit der Einsetzung bewenden lassen. Wie nun rechtfertigt sich dieser natürlichen Betrachtungsweise gegenüber jene Auffassung des Römischen Rechts?

Donellus[3]) erklärt dieselbe zunächst aus der voluntas testatoris in der Art: der Testator habe gewollt, der Eingesetzte solle in der von ihm angeordneten Weise (auf die res certa) Erbe sein, jedoch nur, wenn dies möglich sei, sei es nicht möglich, so wolle ihn der Testator wenigstens in irgend einer Weise als Erben haben, und dies geschehe durch detractio rei, aus eben demselben Grunde werde auch der der Einsetzung beigefügte dies certus und die conditio impossibilis detrahirt; allein mit dieser Erklärung ist nicht gerechtfertigt, daß und warum der Testator auf das Erbesein besonderes Gewicht gelegt hat, und nicht vielmehr, wie man erwarten sollte, auf Beschränkung auf die res certa, auch widerspricht sich Donellus selbst, indem er nachher[4]) (ohne etwa zwischen beiden Erklärungen die Wahl zu lassen) gerade entgegen-

---

[3]) Comment. jur. civ. lib. VI cap. 18 §. 18 fin.

[4]) l. c. §. 22 und im comment. absolut. in quosd. libr. Cod. Frf. 1599 p. 390. An beiden Orten stellt er Grundsätze auf, welche überhaupt die Behandlung der institutio ex re certa in den drei Fällen, in denen sie vorkommt (je nachdem Miterben da sind oder nicht, und im ersten Fall, je nachdem alle Miterben auf res certae instituirt sind, oder nur Einer oder Einige), in Harmonie bringen sollen mit der voluntas testatoris; diese Grundsätze werden wir unten nach beendigter Darstellung der institutio ex re certa im Testamente des paganus beleuchten.

gesetzt sagt: das Hinterlassen der res certa sei der Hauptwille des Testators, als Legat ließe sich nun dies nicht realisiren, weil kein heres directus, und weil überhaupt die Bedingungen der Anordnung eines Legats nicht vorhanden seien; darum also weil man ihn nicht als Legatar behandeln könne, erhalte man ihm die Sache dadurch, daß man sie ihm durch das Ganze und mit dem Ganzen gebe, ihn also (wie zum Nothbehelfe) als Erben behandle, und dieß geschähe durch detractio rei. Allein ein solches Aufrechterhalten des Bekommens der Sache um jeden Preis, einerlei auf welchen Titel hin, und einerlei mit welchem sonstigem Zuwachsen von Erbschaftssachen läßt sich weder nach der ratio juris noch nach der voluntas testatoris billigen, am allerwenigsten wird dadurch jene Auffassung des Römischen Rechts erklärt. Huschke [5]) gibt folgende Erklärung: es lägen hier zwei sich widersprechende Willen vor, der vererbende Wille, der sich rechtlich nothwendig auf das Ganze beziehe, und der die Beschränkung auf eine Sache enthaltende Wille; der erstere sei vollständig ausgesprochen, und sei die Hauptsache, der letztere sei ein bloßer Zusatz, der den ersteren zwar voraussetze aber wieder unmöglich mache; er müsse als der schwächere dem ersteren als dem stärkern weichen, darum werde die Testaments-Erbfolge hier bei Kräften erhalten, und das Widersprechende gestrichen, wie wenn eine unmögliche Bedingung, oder eine falsche Bezeichnung des sonst kenntlichen Erben hinzugefügt, oder wenn der einzige eingesetzte Erbe in demselben Testamente enterbt sei. Allein ganz abgesehen vorerst davon, ob sich die Behandlung dieser letztgenannten Sätze wirklich mit der unserer institutio ex re certa auf Eine Linie stellen läßt, umgeht Huschke augenscheinlich den eigentlichen Punkt: er erklärt nicht materiell, warum die Beschränkung auf die Sache als das schwächere, als der bloße Zusatz angesehen wird, und warum der Gerufene als Erbe

[5]) Ueber die Rechtsregel: nemo pro parte etc. im Rhein. Mus. Bd. VI. Heft 3 S. 303.

gilt; jene Erklärung und der damit zusammenhängende Satz nemo pro parte etc. rechtfertigt nur die formelle Construktion, d. h. rechtfertigt nur, warum der Gerufene, wenn man ihn einmal als Erben anerkannt, auf das Ganze gerufen ist. Die Hauptfrage aber ist gerade die, warum nahm das Römische Recht gegen jene, oben als die natürliche bezeichnete, Betrachtung an, der Erblasser habe bei so widersprechendem Beisatze wirklich eine heres gemeint? warum ferner hielt man diese letztere voluntas testatoris aufrecht, da man doch dann nothwendig die der voluntas testatoris so wichtig scheinende Beschränkung auf die Sache fallen lassen mußte? Ist einmal die Aufrechterhaltung der Erbenqualität gerechtfertigt, so folgt das Gerufensein auf das Ganze von selbst.

Diese Hauptfrage findet nun aber meiner Ansicht nach darin ihre Erledigung, daß man annimmt, Wort und Begriff von heres habe bei den Römern eine ganz besonders hochstehende und zugleich allgemein gekannte Bedeutung gehabt; so ist es denn auch, es ist dieß der Schlüssel zum Ganzen.

Es ist nichts ungewöhnliches, daß einem wichtigen Rechtsbegriffe ein eben so wichtiger, im Leben allgemein gekannter, Volksbegriff zu Grunde liegt, das Recht findet ihn vor, und hat ihn nur nach seiner juristischen Seite hin auszubilden. Ein solcher allgemein gekannter Volksbegriff war nun bei den Römern in der That der eines heres. Der heres, gerufen zur familia, succedirte nicht nur in das Vermögen, er trat noch in andere, dem Erblasser persönlich theure Beziehungen und Verhältnisse ein, er wurde der sepulcra hereditaria und familiaria des Verstorbenen theilhaftig [6]), und war namentlich derjenige, welcher vor allen andern Personen die sacra für den Verstorbenen zu besorgen hatte [7]), auf welche die Römer in alter Zeit, wie be-

---

[6]) Fr. 5, fr. 6 pr. D. de religiosis (11, 7.)

[7]) Cic. de legg. II. 19. — Gaj. II. §. 55.

kanntlich auf die sacra überhaupt [8]), ein ganz außerordentliches Gewicht legten [9]). Auch in sonstigen Beziehungen stand er dem Andenken an den Verstorbenen besonders nahe, wie sich z. B. darin zeigt, daß ihm wegen einer der Leiche, dem Leichenbegängniß oder dem Rufe des Erblassers zugefügte Schmach, als wäre sie ihm selbst geschehen, die actio injuriarum zustand [10]), und ihm das officium pietatis oblag, den etwaigen gewaltsamen Tod des Erblassers zu rächen, d. h. Untersuchung gegen den Mörder zu veranlassen, ja er wurde indignus, wen er diesem officium nicht nachkam [11]). Alle diese rein persönlichen Beziehungen, schon an sich bedeutend, mußten in der Volksanschauung noch mehr in den Vordergrund treten, da man, was das Vermögen betrifft, hundertmal sah, daß der Erbe dem praktischen Effekt nach wenig oder nichts bekam, indem ihm vor den, der lex Falcidia vorausgegangenen, legislatorischen Experimenten der lex Furia, und dann der lex Voconia [12]) alles Vermögen durch Auferlegung von Legaten entzogen werden konnte, und er dennoch seine Qualität als Erbe behielt. Ja alle diese an den Erbenbegriff geknüpften Beziehungen mußten selbst in der Volksansicht eine gewisse Idee von Personen-Einheit zwischen Erben und Erblasser hervorgerufen haben, freilich keine juristisch ausgebildete, wohl aber eine solche, wie sie das Leben ~~nicht~~ für den, welchen man sich in den theuersten Beziehungen dereinst so nahe verbunden weiß; in der That rechtfertigt auch Cicero [13]) die Verbindlichkeit des

---

[8]) Livius, V. 52.

[9]) Gaj. l. c.

[10]) Fr. 1 §. 4 et 6 D. de injur. et famos. lib. (47, 10.)

[11]) Fr. 5 §. 2, fr. 15 D. ad Sct. Silan. (29, 5.) — Fr. 21 D. de his, quae ut indignis (34, 9.) — c. 1, 7, 9 C. eod. (6, 35.) Selbst der Patron, der den Freigelassen ab intestato beerbte, war von dieser Indignität nicht ausgenommen, quamvis hi suo jure admittantur. — Fr. 15 §. 2 D. ad Sct. Sil. (29, 5.)

[12]) Gaj. II. §. 224.

[13]) De legg. II. 19.

Erben zur Besorgung der sacra für den Verstorbenen durch die Worte: „nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat,“ und ebenso sagt Ulpian [14]) bezüglich der oben genannten actio injuriarum, gewiß nur vom Standpunkte der Römischen Lebensansichten, nicht vom reinen juristischen Standpunkte aus: „spectat enim ad existimationem nostram (sc. heredis), si qua ei (sc. mortuo) fit injuria,“ ferner bezeichnet er die dem Erblasser zugefügte Schmach als eine „heredi quodammodo factam,“ [15]) und so war denn auch die bei den Römern übliche Sitte, denjenigen, den man sich zum Erben eingesetzt hatte, den Ring, welchen man trug, zu übergeben [16]), sicher nichts als eine symbolische Andeutung, wie nahe man sich den Erwählten durch die Erbeseinsetzung zu verbinden dachte [17]). Sowie nun der Erblasser denjenigen, den er sich zum Erben ernannte, durch diese Nahestellung auszeichnen wollte, so galt denn

---

[14]) S. die Stelle der Note 10, auf Seite 29.

[15]) Den Gedanken einer Personeinheit spricht auch aus MARTIAL. Epigr. 63 lib. 6:

Tu tamen hunc tabulis heredem stulte supremis
Scribis, et esse tuo vis, furiose, loco.

[16]) S. z. B. VALER. MAX. lib. VII. cap. 8 Nr. 5. 8. 9. KIRCHMANN de annulis liber singularis, cap. 22.

[17]) Der Ring wurde bekanntlich von den Griechen und Römern am vorletzten Finger der linken Hand getragen, und zwar, wie Viele glaubten, darum, weil nach einem alten ägyptischen Glauben von diesem Finger eine Ader bis zum Herzen ziehe, man also mit dem Ringe den Finger wie das Leben selbst umfassen wollte. GELL. lib. 10 cap. 10. MACROB. Saturn. lib. 7 cap. 13, woher es auch kommen soll, daß bei der Verlobung der Bräutigam der Braut den Ring gibt, als Zeichen der engen Herzensverbindung. ISIDORUS lib. 2 de officiis cap. 19 u. can. 7 caus. 30 quest. 5. Sollte dies wirklich der Grund des Tragens des Ringes gerade an jenem Finger gewesen sein, so ließe sich das Ueberreichen des Rings von Seite des Erblassers an den Erben in der That als ein Symbol von Personeneinheit auffassen, aber auch wenn die Erklärung des Atejus Capito, daß jene Hand und jener Finger nur aus Bequemlichkeit und Schicklichkeit gewählt worden sei, (MACROB. l. c.) die richtige wäre, so bleibt doch immer das gewiß, daß die Uebergabe des Rings als Zeichen ganz besonderer Bevorzugung galt. S. auch PAPIN. in fr. 77 §. 21 D. de leg. II.

auch bei den Römern der Erbentitel als etwas besonders ehrenvolles [18]), weßhalb die exheredatio, selbst wenn der Enterbte mit Legaten bedacht war, immer als eine nota betrachtet wurde. Ganz vorzüglich aber zeigt sich die hohe Bedeutung der Erbenqualität und ihre Unabhängigkeit von dem viel oder wenig Bekommen aus der Erbschaft in dem das römische s. g. Notherbenrecht beherrschenden Gegensatze von formeller und materieller Bedenkung, ein Gegensatz, der nicht etwa mit der Zeit geschwächt wurde, sondern noch einmal unter Justinian sich so recht deutlich als Lebensansicht manifestirt in der Bestimmung der Nov. 115 cap. 3—5, daß Ascendenten und Descendenten sich gegenseitig die Ehre der heredis institutio zu erzeigen haben, während ohne dieß selbst das größte Legat oder Fideikommiß nicht genügen solle.

Alle die Beziehungen, welche die Erbenqualität characterisirten, faßte nun der Römer auch sprachlich auf das Bestimmteste in dem Ausdrucke heres zusammen; während unsere heutige Lebensauffassung sich gleichgültiger gegen die Bedeutung der Erbenqualität, und gegen die Unterschiede von Beerbung und Vermächtniß verhält, und diese Gleichgültigkeit in dem abwechselnden und unbestimmten Gebrauche der Ausdrücke vererben und vermachen zeigt, war bei den Römern das Wort heres nicht blos der juristischen Auffassung nach, sondern auch im Leben ein anerkanntes technisches Wort; einerseits kommt es, wenn man absieht von dem heres fideicommissarius [19]), nie vor, daß der Ausdruck heres auch zur Bezeichnung eines Vermächtnißnehmers ge-

---

[18]) Fr. 5 §. 6 D. de legat. praest. (37, 5), „quia hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur."

[19]) Z. B. in fr. 13 §. 1 D. de jure codic. (29, 7) heißt es: es errichtet Jemand nicht ein Testament, sondern ein Codicill, und sagt darin: Titium heredem esse volo; hier sei es, sagt Papinian, quaestio facti, ob eine (dann natürlich ungültige) direkte Erbeseinsetzung, oder eine fideicommissaria hereditas, auferlegt den Intestaterben, vom Erblasser damit gemeint sei.

braucht wurde [20]), andererseits aber wurde bei jeder Erbeseinsetzung das Wort heres gebraucht; dieß jedenfalls ausnahmslos so lange die heredis institutio noch mit den bestimmten Wortformeln des alten Rechts geschehen mußte [21]; allein auch nachdem Constantins Söhne hinsichtlich der Erbeseinsetzung gestattet hatten, es sei einerlei, „utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexis" [22]), wurde wohl noch fortwährend in der Regel das Wort heres von dem Testator gebraucht, und nur die übrigen Ausdrücke brauchten nicht mehr streng formell zu sein [23]); allerdings mochten vielleicht allgemeine Umschreibungen da stattgefunden haben, wo der Testator sich einen einzigen Erben schlechthin auf das Ganze einsetzte, oder wo er mehrere Erben schlechthin oder auf Bruchtheile instituirte, dagegen darf man als sicher annehmen, daß da, wo der Erbe auf eine res certa eingesetzt

---

[20]) Averan. interpr. lib. 4 cap. 11 Nr. 5 behauptet, allerdings bezeichne der Ausdruck heres zuweilen auch den Legatar, und beruft sich auf fr. 14 §. 1 D. de usuc. (41, 3) und fr. 219 D. de verb. sign. (50, 16.) Dieß ist wahrhaft unbegreiflich; fr. 219 cit. spricht nichts als den für Interpretation eines Miethvertrags höchst natürlichen Satz aus: sind praedia vectigalia vererblich vermiethet, so darf sie der Miether auch legiren, denn die Meinung der Contrahenten sei oft nicht nach den Worten, sondern nach der voluntas zu bemessen; und fr. 14 §. 1 cit. sagt: in Bezug auf accessio possessionis stehe in gewisser Beziehung der legatarius dem heres gleich. Mit demselben Rechte könnte man sagen, der heres bedeute auch einen Legatar darum, weil Letzterer dem Ersteren in Bezug auf das Erforderniß der sogenannten testamenti factio passiva gleichstehe. Ebenso unerheblich ist, wenn Averan von dem Wort legare sagt, es bedeute in den Worten der 12 Tafeln uti legassit nach fr. 120 D. de verb. sign. eine jede letztwillige Verfügung (hereditas, legatum, libertas, tutela), und der Ausdruck instituere sei auch für testamentarische Vormundschafts-Ernennung gebräuchlich.

[21]) Stellen wie fr. 1 §. 5. D. de her. inst. (28, 5) können dagegen natürlich nicht in Betracht kommen, sie zeigen nur, wie anerkannt es war, daß der Testator gerade einen heres wollte.

[22]) c. 15 C. de testam. (6, 23.)

[23]) Dieß zeigen die in c. 15 cit. angeführten Beispiele: nec interest, si dicatur: heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit.

wurde, er jedesmal, eben um die Absicht des Testators zu manifestiren, mit dem Ausdrucke heres bezeichnet war, wie ja noch Justinian in Nov. 115 c. 5 pr. ausdrücklich sagt: si vero quidam heredes nominati fuerint, etiamsi certis rebus contenti esse jubeantur etc.

So war also den Römern die Bedeutung des Erben nicht blos eine sehr hohe, sondern auch eine allgemein gekannte, freilich rücksichtlich der rein juristischen Auffassung konnte sich dabei ein rechtsunkundiger Testator wohl in einer oder der anderen Beziehung irren, das aber steht fest, daß er die allgemeine Bedeutung des Erben kannte, und ebenso, daß der von ihm gebrauchte Ausdruck heres ein untrügliches Kennzeichen dafür war, daß er einen heres auch wirklich gemeint habe.

In dieser eigenthümlich römischen Hochstellung des heres liegt denn nun von selbst die Rechtfertigung für die Behandlungsweise unserer institutio ex re certa; was wir oben als die, sich gegen diese Behandlung sträubende, natürliche Betrachtung bezeichnet haben, ist nichts als die Betrachtung aus dem Standpunkte der Anschauung des heutigen Lebens, die eine gewisse Gleichgültigkeit gegen die Erbenqualität hat, und mehr auf das Materielle sieht[24]; darum galt es uns vor Allem sich von der heutigen Anschauung frei zu machen, und den römischen Standpunkt vor Augen zu führen. — Hatte sich also der Testator einen heres ernannt, aber nur auf eine res certa, so war vor Allem das gewiß: einen heres hat er gemeint, einen heres wollte er haben; an dieser voluntas testatoris konnte man nicht zweifelhaft werden durch den juristisch widersprechenden Beisatz der Beschränkung auf die res certa, denn sowie sich der Testator hin-

---

[24]) Dieß wird uns am Schlusse unserer Abhandlung bei der Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der Grundsätze über institutio ex re certa von großem Gewicht werden; vorerst indeß haben wir hier nur die Römische Auffassung kennen zu lernen.

sichtlich der juristischen Auffassung des heres überhaupt in manchen Beziehungen irren konnte, so konnte er auch glauben, es könne Jemand heres auch auf eine einzelne Sache sein, und dennoch die Attribute der Erbenqualität in sich vereinigen; die Benennung heres, die er dem Gerufenen gab, manifestirte (auch wenn man ganz davon absieht, daß er ja auch Testamentsform für seine Anordnung gewählt hatte) auf das sicherste: einen Legatar auf die Sache hat er nicht gemeint. War nun das Römische Recht einmal zu der Stufe gelangt, daß es nicht mehr jedesmal die voluntas testatoris einem juristischen Fehler der Anordnung zum Opfer brachte, war man insbesondere einmal geneigt geworden, auch unsre juristisch ungehörige institutio ex re certa aufrecht zu erhalten, so konnte es nicht zweifelhaft sein, in welcher Art dieß geschehen müsse. Gewiß war, daß die Rücksicht auf die res certa nicht bewegen durfte, die Verfügung als Legat aufrecht zu erhalten, eben weil dies nicht vom Erblasser gemeint war; selbst wenn es formell construirbar gewesen wäre, den Gerufenen als reinen Legatar zu behandlen, und ihm auf den Legaten-Titel hin die res certa und nur diese zuzuwenden, wäre es darum nicht zulässig gewesen, weil man dadurch gerade das Wesentliche, was der Testator bei seiner Anordnung vor Auge hatte, verwischt haben würde, denn das stand ja fest, einen heres, nicht einen Legatar wollte sich der Testator ernennen [25]), man konnte also, wenn man überhaupt aufrecht erhalten wollte, den Gerufenen nur als heres aufrecht erhalten. Wollte man ihn nun wirklich als heres aufrecht erhalten, d. h. ja eben, ihn auch rechtlich als heres behandeln, so verstand es sich weiter von selbst, daß man ihn nicht als heres auf diese Sache und nur auf sie erhalten konnte, man

---

[25]) Gerade dieser Gesichtspunkt spricht gegen Donellus, welcher (s. oben Seite 27) annimmt, man habe die Erbenqualität nur als Nothbehelf angenommen, da die Legatenqualität, als das eigentliche Mittel zur Erreichung des Hauptwillens des Erblassers (Beschränkung auf die Sache) im vorliegenden Falle nicht construirbar gewesen sei.

mußte ihm auch die von dem Erblasser verkannte juristische Bedeutung eines heres geben, d. h. ihn als zu dem universum jus defuncti gerufen gelten lassen. Gerade das Einsehen dieser unvermeidlichen Consequenz der Aufrechthaltung war nun auf den ersten Blick geeignet, das Geneigtsein zur Aufrechthaltung der Anordnung wieder wankend zu machen, und als gerathener zu empfehlen, die Verfügung bei ihrer eigentlichen und ursprünglichen Ungültigkeit zu belassen, denn durch Aufrechthaltung mußte doch dem andern Theile der voluntas testatoris, worin ja liegt, der Eingesetzte solle nicht auf Alles gerufen sein, entgegengehandelt werden. Allein hier war es natürlich, daß das Römische Recht vor Allem an der hohen Bedeutung eines heres in den Augen der Römer festhielt, und nun konnte es bald nicht zweifelhaft sein, welcher Wille als der bedeutendere zu betrachten sei; hätte man es bei der Ungiltigkeit der Einsetzung bewenden lassen, so wäre das Resultat gewesen: der Testator hat keinen sich selbst ernannten heres hinterlassen, das aber war jedenfalls nicht der Wille des Testators; er wollte einen heres. Man durfte, eben der hohen Bedeutung des heres wegen, annehmen, daß der Erblasser, ehe er diesen Erfolg schwinden läßt, lieber die unjuristische Beschränkung auf die Sache aufgegeben haben würde, und insofern durfte man die mit der Aufrechterhaltung verbundene Berufung auf das Ganze als dem vermuthlichen Willen des Testator entsprechend ansehen; ja man durfte noch weiter gehn, man durfte, selbst wenn der Testator auf das Bestimmteste dem Erben nur die Sache zuwenden wollte, hier contra voluntatem testatoris die Berufung auf das Ganze aussprechen, auf den Satz hin, daß der Erblasser einer sonst gültigen (hier durch Aufrechthaltung gültig gewordenen) Verfügung nicht einen gegen die Bestimmungen des jus publicum geheuden Beisatz geben darf, solcher Beisatz vielmehr null ist.

Von diesen Gesichtspunkten aus (die wir aber auch vorher kennen lernen mußten) rechtfertigt sich nunmehr Huschke's Er-

klärung, der vererbende Wille sei ausgesprochen, und sei die Hauptsache, die Beschränkung auf die res certa nur der schwächere Zusatz, und müsse darum dem ersten weichen. Nachdem sich nun das Römische Recht wirklich für die Aufrechterhaltung unserer institutio ex re certa entschieden hatte, war die juristische Construktion bei Ausführung des Gedankens die höchst einfache, daß man sagte: valet institutio detracta rei mentione, gerade so wie da, wo der Erbe ex die oder ad diem, also fehlerhaft, instituirt war, dieses vitium temporis detrahirt, und so die institutio erhalten wurde [26]).

---

[26]) §. 9 J. de her. inst. (2, 14): heres pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest, veluti post quinquennium, quam moriar, vel ex Calendis illis, vel usque ad Calendas illas heres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset. — Fr. 34 D. eod. (28, 5): hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio. — Dagegen kann man mit der Behandlung der institutio ex re certa nicht auf Eine Linie stellen: 1) das Detrahiren einer der Einsetzung beigefügten conditio impossibilis, denn obwohl auch dieß Aufrechthaltung von etwas eigentlich Ungültigen ist, und darum erst allmählich zum anerkannten Grundsatz wurde (fr. 3 D. de condit. 35, 1: obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas), obwohl ferner fr. 1 D. de cond. inst. (28, 7) ganz allgemein sagt: sub impossibili conditione vel alio mendo factam institutionem placet non vitiari, so ist doch nur die Wirkung der Aufrechthaltung (Detrahiren des mendum) dieselbe, dagegen findet das Detrahiren der conditio impossibilis ebensogut bei Vermächtnissen als bei Erbeseinsetzungen statt, fr. 45 D. de hered. inst. (28, 5.) fr. 9. fr. 20 pr. D. de cond. inst. (28, 7), der Grund kann also hier nicht aus der hohen Bedeutung der heredis institutio abgeleitet werden. 2) Daß eine falsche Bezeichnung des sonst kenntlichen Erben weggedacht wird. Fr. 48 §. 3 D. de her. inst. (28, 5), fr. 34 pr. D. de condit. (35, 1), c. 5 C. de her. inst. (6, 24); dieses gilt ebensogut bei Vermächtnissen, §. 29 J. de legat. (2, 20), fr. 33 pr. D. de cond. (35, 1), c. 4 C. de test. (6, 23), und man befolgt damit nur vollständig den wirklich gemeinten Willen des Erblassers, man befreit ihn nur von der unabsichtlich falschen Ausdrucksweise. 3) Daß der eingesetzte Erbe in demselben Testamente nicht wieder enterbt werden kann (hereditas adimi non potest), fr. 13 §. 2 D. de lib. et post. (28, 2), fr. 1 §. 4 D. de his, quae in test.

Enthält das bisher Ausgeführte den wahren Grund der Behandlung unsrer institutio ex re certa, so versteht es sich von selbst, daß durch dasselbe auch die Behandlung des oben unter 1) besprochenen Falls nun ihr eigentliches civilistisches Fundament erhält; es ergibt sich daraus aber auch der weitere wichtige Satz, daß es keinen Unterschied machen kann, ob der Testator die instutio ex re certa so angeordnet hat, daß er den Erben auf eine res certa einsetzte, oder von einer res certa ausschloß, ob er also z. B. gesagt hat: „A soll Erbe sein auf mein Haus," oder „A soll mein Erbe sein mit Ausschluß meines Hauses." Daß in diesem letzten Falle in der That keine andere Behandlung eintritt, als diejenige, welche in den zu Anfang dieses §. citirten Stellen für den erstern Fall ausgesprochen ist, wird uns denn auch ausdrücklich gesagt in folgender Stelle:

Fr. 74 D. de hered. instit. (28, 5.) LICINIUS RUFINUS libro II Regularum. Si ita quis heres institutus fuerit: excepto fundo, excepto usufructu heres esto, perinde erit jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est.

Donellus[27]) will hier freilich die Florentina corrigiren, und statt „excepto fundo, excepto usufructu" lesen: „ex certo fundo, ex certo usufructu," und dieß deßhalb, weil nach jener Lesart der Erbe schon an sich ganz richtig eingesetzt

---

del. (28, 4), fr. 6 §. 4 D. de her. inst. (28, 5), fr. 17 §. 2 D. de test. mil. (29, 1); dieser Satz erklärt sich meiner Ansicht nach aus der Regel semel heres, semper heres, wenn man nur bedenkt, daß die heredis institutio das caput et fundamentum totius testamenti ist, (weßhalb sie auch zu Anfang des Testaments stehen mußte), und die weiteren Verfügungen meist nur als Auflagen an den Testamentserben galten, die er natürlich erst nach dem Erbschaftserwerb zu erfüllen hatte; die von ihm erworbene Erbschaft konnte er sich aber nicht wieder nehmen. Aus dem Satze: Enterbungen sind nicht zu begünstigen, läßt sich nicht mit Mühlenbruch (in Glück Comm. Bd. 40 S. 166 Note 97) jene Regel erklären, denn sie ist nicht auf sui beschränkt, und in extraneo facta exheredatio res inepta est.

[27]) Comment. jur. civ. lib. VI, cap. 18 §. 18.

sei, und die exceptio fundi vel ususfructus schon nach der ratio juris Rechtsbestand habe, denn sie enthalte Anordnung eines Legats, das ja nach fr. 116 pr. D. de leg. I. nichts anders sei als eine delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit; wenn sonach hier der Eingesetzte, auch ohne diese Sache zu bekommen (so versteht Donellus die Worte: atque si sine ea re heres institutus esset), Erbe werde, so geschehe nichts als was der Erblasser wörtlich bestimmt habe, und um dieses schon nach Rechtsprincipien Statthafte als gültig zuzulassen, dazu habe es in der That nicht erst der Auktorität einer Juristenmeinung bedurft, aus welcher doch in der Stelle die Gültigkeit abgeleitet werde. Allein diese Meinung von Donellus ist in keiner Weise zu halten; abgesehen davon, daß es der von ihm vorgeschlagenen Lesart an aller handschriftlichen Autorität fehlt [28]), und auch sonst in den Quellen kein Beispiel vorkommt, wo eine res certa, wenn sie individuell bezeichnet wird, z. B. fundus, den ausdrücklichen Zusatz certa, also hier certus fundus, erhält, sondern dieser Zusatz nur den allgemeinen Benennungen von Vermögensbestandtheilen gegeben wird (certa res, certa quantitas, summa, etc.), auch insbesondere bei dem ususfructus ein solcher Zusatz höchst auffallend wäre, indem man hier eher erwarten könnte: usufructu certae rei," — abgesehen von dem Allen würde gerade nach der von Donellus unter Beibehaltung der Lesart der Florentina gegebenen Interpretation unsrer Stelle ein Resultat entstehen, das in der That nicht der ratio juris entspricht, ja nicht einmal irgend eine Aufrechthaltung zuläßt. Allerdings zwar ist der materielle Begriff eines Legats der in fr. 116 pr. cit. angegebene, allein

---

[28]) Die Vulgata liest: ex certo fundo, excepto usufructu, was jedoch im Wesentlichen denselben Sinn gibt wie die Lesart der Florentina; der casus zu dieser Stelle in der Glosse ist nach der Lesart der Vulgata eingerichtet, während die Glosse selbst (verb.: sine ea re) der Florentina folgt.

wer kann behaupten, daß ein Legat rechtsbeständig jemals in solcher Form angeordnet werden konnte, wie die in fr. 74 cit. enthaltene dann wäre? Das eigentliche legatum des alten Rechts (und nur an dieses hätte doch Aquilius Gallus denken können) mußte verbis directis, imperativis und legis modo angeordnet [29]), und ebenso mußte der Honorirte kenntlich bezeichnet sein (Donellus erklärt sich nicht darüber, wen er sich hier als den Honorirten zu denken hätte); allem diesem entspricht die in fr. 74 cit. gebrauchte Ausdrucksweise auch nicht im Entferntesten, wie also könnte man sagen, daß unter Voraussetzung der Lesart: „excepto fundo, excepto usufructu" die Stelle etwas sage, was sich schon nach Rechtsprincipien von selbst verstehe? im Gegentheile, sie würde dann etwas sagen, was selbst auch nur aufrecht zu erhalten Aquilius Gallus nie billigen konnte nnd gebilligt haben würde.

Eine andere Interpretation hat unsre Stelle erfahren durch Detlev Langebeck [30]), dieser folgt, im Gegensatze von Donellus der handschriftlichen Lesart: „excepto fundo, excepto usufructu," erklärt aber, übereinstimmend mit Donellus die Worte: „atque si sine ea re heres institutus esset" nicht, wie die herrschende Ansicht thut, durch: „sine ea exceptione," oder: „detracta fundi vel ususfructus mentione", sondern so: es solle jure civili so gehalten werden, als wäre der heres zwar auf das universum jus defuncti eingesetzt, solle aber die ausgenommenen Sachen nicht bekommen. Dieß erklärt dann Langebeck so: das Aus-

---

[29]) Ulp. tit. 24 §. 1. Man denke auch nur an die vier Arten der legata und ihre Anordnungsweise. Ulp. l. c. §. 2—6. Gaj. II. §. 193. 199. 201. 209. 216. — §. 2 J. de leg. (2, 20): „et certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur.

[30]) Detlev Langebeck in LL. aliquot perdifficiles et nondum satis intellectas novae Annotationes. Cap. 5 (in Otto thes. jur. rom. tom. I pag. 550.)

nehmen der Sachen solle als Fideikommiß zu Gunsten der Intestaterben angesehen und aufrecht erhalten werden; dieses habe Aquilius Gallus eingeführt, und sonach stehe diese Stelle außer allem Zusammenhange mit den Grundsätzen über institutio ex re certa. Diese Ansicht wird gebilligt von Westphal[31]) und Glück[32]), allein auch sie ist völlig grundlos. Es soll hier gar nicht untersucht werden, ob, die Fideikommißtheorie als bestehend vorausgesetzt, in Worten, wie die sind: „excepto fundo, excepto usufructu heres esto" wirklich ein Fideikommiß an die Intestaterben gefunden werden kann (auf diese Frage werden wir unten in §. 6 zu sprechen kommen), es steht der Auffassung Langebeck's von vornherein das entgegen, daß er die Fideikommißtheorie in jener Stelle als bestehend voraussetzt; wie konnte Aquilius Gallus, bekanntlich ein Zeitgenosse Cicero's, jene Verfügung als ein Fideikommiß der ausgenommenen Sache zu Gunsten der Intestaterben behandeln und aufrecht erhalten, da zu seiner Zeit eine Fideikommißtheorie noch gar nicht bestand[33]), die Fideikommisse vielmehr bekanntlich erst seit den Zeiten von Augustus durch Sitte und Gewohnheit sich zu bilden anfingen[34])? Ueberdieß ist augenscheinlich, daß wenn man, wie Langebeck will, die Worte: „atque si sine ea re heres institutus esset" übersetzt mit: „als wäre er zum Erben eingesetzt, aber so, daß er jene Sachen nicht bekommen solle", dieß nichts als ein tautologisches Wiedergeben der Worte: „excepto fundo, excepto usufructu heres esto" sein würde, nicht aber eine Angabe, wie die

---

31) Theorie des römischen Rechts von Testamenten. §. 252.

32) Erläuterung der Pandekten, Bd. 9 S. 182 ff.

33) Die Bemerkung Westphal's a. a. O. „nach der gemeinen Meinung hätte es des Ansehens des A. Gallus zur Einführung eines Rechtssatzes gar nicht bedurft, der schon auf den Begriff eines successor universalis hätte gegründet werden können", kann ich daher nicht mit Glück a. a. O. eine gründliche nennen, noch weniger ist sie eine neue, es ist dieselbe, die nach obigem schon Donellus gemacht hat.

34) §. 1 J. de fid. her. (2, 23.) — pr. J. de codic. (2, 25).

in letzteren Worten enthaltene Verfügung juristisch behandelt werden soll.

Unsre Stelle erklärt sich vielmehr sehr einfach; die Worte: atque si sine ea re etc. haben, wie auch schon die Glosse annimmt, und von jeher die gemeine Meinung war, in der That keinen andern Sinn, als den: detracta rei exceptione, und enthalten nichts als eine Anwendung der obigen Auffassung einer institutio ex re certa, denn indem der Testator sagt: Titius soll mein Erbe sein mit Ausnahme der und der Sache, wird ja das übrige Vermögen weder von dem Testator als universitas genannt und gemeint, noch kann es rechtlich so aufgefaßt werden, sondern steht eben als der Complex der übrigen Vermögensbestandtheile nach Abzug jener Sachen da, der Erbe ist also dadurch, daß er von bestimmten Sachen ausgeschlossen ist, zugleich auch nur auf (die übrigen) res certae eingesetzt, und daß dieses aufrecht erhalten wird, detracta rei mentione, dieß, als eigentlich ungehörig, bedurfte allerdings einer Autorität. Diese Autorität liegt nun eben darin, daß überhaupt eine institutio ex re certa in genannter Weise aufrecht erhalten wird, und darum könnte man geneigt sein, das fr. 74 cit. zugleich auch als eine rechtsgeschichtliche Notiz anzusehen, die uns die Belehrung gibt, daß gerade Aquilius Gallus der Urheber und Begründer der Aufrechthaltung der in diesem ersten Abschnitt betrachteten institutio ex re certa überhaupt war. Gewißheit ist freilich darüber nicht zu erlangen, indessen möchte sich doch gegen diese Annahme das Bedenken erheben, daß die Aufstellung einer Regel von den gewöhnlichen, unter sie passenden, Fällen ausgeht, und sich auch mit Rücksicht auf diese gewöhnlichen Fälle ausdrückt; der einfachste und gewöhnlichste Fall einer institutio ex re certa war nun sicher nicht Ausschluß von einer Sache bei der Einsetzung, sondern Einsetzung direkt auf eine Sache, und für diesen gewöhnlichen Fall mochte sich zunächst die Regel ihrer Aufrechthaltung gebildet und ausgesprochen haben; allmählich ka-

men dann wohl auch Fälle des Ausschlusses von bestimmten Sachen zur Sprache, und man zweifelte vielleicht anfangs, ob man sie unter jene bereits ausgesprochene Regel zu subsummiren berechtigt sei; nicht als habe man dabei gezweifelt, ob der Fall der Einsetzung mit Ausschluß von bestimmten Sachen eine institutio ex re certa enthalte, sondern ob man auch eine so ausgedrückte institutio ex re certa aufrecht erhalten dürfe, denn zwischen dieser und dem Fall direkter Einsetzung auf Sachen ist denn doch, was die Beurtheilung der voluntas testatoris betrifft, immer noch der Unterschied, daß man, wo der Testator sagte, Titius soll mein Erbe auf den fundus sein, nicht sicher weiß, ob der Testator den Eingesetzten von dem übrigen etwaigen Vermögen wirklich ausschließen wollte, während, wo der Testator sagte: Titius soll mein Erbe mit Ausnahme des fundus sein, es augenscheinlich vorliegt, daß er ihm den fundus nicht zuwenden wollte. Man mochte also anfangs geschwankt haben, ob man nicht, um letztere voluntas nicht zu verletzen, es besser bei totaler Ungültigkeit der Einsetzung lassen solle, und hier mochte endlich, geleitet von jener hohen römischen Bedeutung der heredis institutio, Aquilius Gallus den Ausschlag dahin gegeben haben, daß selbst wo der Wille des Testators, der Eingesetzte solle nicht auf Alles gerufen sein, entschieden und ausdrücklich ausgesprochen vorliege, dennoch die heredis institutio aufrecht zu halten, und somit auch ihre Consequenz, Berufung auf das Ganze, festzuhalten sei.

Diese letzten Bemerkungen und überhaupt der Inhalt unseres fr. 74 cit. geben uns nun auch zugleich den richtigen Anhaltspunkt für Beurtheilung eines weiteren möglichen Falles, wenn nemlich der Testator den Erben auf bestimmte Sachen eingesetzt, und dabei ausdrücklich verboten hat, daß derselbe mehr bekommen solle, ohne jedoch zu bestimmen, an wen das Uebrige fallen solle. Es fragt sich, ist auch diese institutio ex re certa aufrecht zu erhalten, und somit der Eingesetzte gegen

des Erblassers ausdrückliches Verbot auf das Ganze zu rufen, oder kann man dem Verbote solche Kraft beimessen, daß es die ganze Erbeseinsetzung ungültig macht? Eine ausdrückliche Entscheidung, oder auch nur Erwähnung dieses Falles finden wir in den Quellen nicht, allein nach allem Bisherigen kann es keinen Zweifel leiden, daß lediglich die erstgenannte Behandlungsweise eines solchen Falles die richtige ist; dieß darum, weil er, unbefangen betrachtet, mit dem in fr. 74 cit. genannten Falle durchaus auf Einer Linie steht; in beiden Fällen liegt der ausdrücklich ausgesprochene Wille des Testator vor, der Eingesetzte solle nicht auf Alles gerufen sein; so wie nun diese Beschränkung im Falle des fr. 74 als nicht hinzugefügt betrachtet wird, so muß es consequent auch in dem andern Falle gehalten werden, denn warum sollte der nur etwas stärker ausgedrückte Wille andere Wirkung als der einfach ausgesprochene haben? Wollte man im ersteren Falle Ungültigkeit der Einsetzung annehmen, so wäre in der That nicht einzusehen, wie in dem letzteren Falle sich Aquilius Gallus für die Gültigkeit derselben entscheiden konnte. Die Verstärkung des ausgesprochenen Willen durch förmliches Verbot kommt aber auch wieder nur unserer heutigen Lebensauffassung besonders rücksichtswerth vor, während wir, die Sache rechtlich genommen, vom Standpunkte der römischen Auffassung der heredis institutio und ihrer überaus hohen Bedeutung auch hier keine andere Beurtheilung als bei der bisher betrachteten heredis institutio überhaupt gelten zu lassen berechtigt sind, mithin das Verbot, so stark dasselbe klingt, dennoch als den schwächeren Zusatz, welcher der heredis institutio weichen muß, zu betrachten haben, um so mehr, da der Testator mit Rechtsbestand nicht den Bestimmungen des jus publicum entgegen verfügen kann. — Die hier vertheidigte Meinung war denn auch immer die der Mehrzahl unserer Juristen [35]), wenn gleich sie nicht immer aus

---

[35]) ANTON FABER, errores pragm. dec. 15 error 7. GREG. MAJANSIUS

haltbaren Gründen verfochten, und besonders nicht auf die hohe Bedeutung der heredis institutio (das Fundament der ganzen Behandlung der institutio ex re certa) gestützt wurde. Andererseits fehlte es aber auch nicht an Gegnern [36]), und so hat insbesondere in neuester Zeit Mühlenbruch die Ansicht in Schutz genommen, daß hier die ganze Verfügung ungültig sei. Seine Gründe sind folgende: in der That stehe unser fraglicher Fall mit dem in fr. 74 cit. enthaltenen durchaus nicht auf Einer Linie, letzterer stehe vielmehr dem gewöhnlichen Falle einer institutio ex re certa gleich, denn es sei so ziemlich dasselbe, ob man nur auf eine bestimmte Sache eingesetzt, oder aber mit Ausschluß einer Sache auf das Ganze eingesetzt sei; in beiden Fällen gäben zwar die gewöhnlichen Interpretationsregeln das Resultat, der Erbe solle auf das ausdrücklich Zugewendete, resp. auf das nicht ausdrücklich Ausgenommene beschränkt sein, und im Uebrigen solle Intestaterbfolge eintreten; allein es sei auch die andre Auslegung möglich, daß der Testator rücksichtlich des Ausgenommenen eine Singularsuccession habe eintreten lassen wollen; nun könne man aber weder sagen, daß durch Anordnung einer solchen Succession der Erbe von einem Theile der Erbschaft ausgeschlossen sein solle, noch daß durch Unterlassung der intendirten Anordnung der Singularsuccession die Einsetzung selbst nichtig werde, daher müsse, weil im Zweifel immer für die Aufrechthaltung einer letztwilligen Verfügung zu entscheiden sei, auch hier der Eingesetzte Alles erhalten. Ganz anders dagegen sei es in dem hier fraglichen Falle, hier sei kein Zweifel über die voluntas testatoris, daß der Erbe weiter nichts erhalten solle; da es nun nach fr. 25 §. 1,

---

ad trig. Ict. Fragm. T. II. pag. 105 sq. Averanius, interpr. lib. 4 cap. 11, Nr. 8. Fachinaeus, controv. jur. lib. 4, cap. 15. Huber, prael. ad Pand. lib. 28, tit. 5, Nr. 7.

[36]) S. die bei Fachinaeus l. c. Angeführten.

[37]) in Glück's Commentar Bd. 40, S. 165 ff.

fr. 69 D. de leg. III Grundsatz sei, daß der deutlich ausgesprochene Wille des Disponenten berücksichtigt werden müsse, der hier ausgesprochene (das Verbot) aber wegen des Satzes nemo pro parte etc. unausführbar sei, so müsse die ganze Verfügung nichtig sein, und Intestaterbfolge eintreten. Für die entgegengesetzte Ansicht spreche auch nicht der Satz, daß, wenn Jemand in demselben Testament eingesetzt und enterbt sei, die Einsetzung gelte, die Enterbung aber nichtig sei (denn dieser Satz erkläre sich daraus, daß Enterbungen nicht zu begünstigen seien[38]), und ebenso wenig passe eine Analogie der Behandlung unmöglicher Bedingungen, denn der Wille, der Erbe solle nicht mehr bekommen, lasse sich an sich wohl erreichen, sofern nur die passende rechtliche Disposition dafür beobachtet sei, da aber ein bloses Verbot nicht die passende Disposition dafür sei, so sei es hier wie bei dem Mangel eines formellen Erfordernisses, daher Ungültigkeit der ganzen Verfügung. — Es muß nun zunächst Mühlenbruch zugegeben werden, daß eine Vergleichung der Behandlung unmöglicher Bedingungen und einer Enterbung in demselben Testamente mit unserem Fall sowenig wie mit der Behandlung der institutio ex re certa überhaupt zulässig ist[39]), dagegen kann durch Mühlenbruch's Deduktion nicht weggeläugnet werden, daß der Fragefall mit dem in fr. 74 cit. enthaltenen allerdings auf einer Linie steht, ja man kann für beide Fälle die von Mühlenbruch nur dem Letzteren gegebene mögliche Interpretation annehmen, der Erblasser habe rücksichtlich des Uebrigen ein Fideikommiß an die Intestaterben intendirt aber nicht ausgesprochen; sodann aber wird der Satz, der deutlich ausgesprochene Wille des Disponenten müsse berücksichtigt werden, von den Quellen nur für solche Fälle ausgesprochen, wo er eine an sich haltbare Disposition betrifft, die nur vor Mißverständniß zu bewah-

---

[38]) S. dagegen Note 26 am Ende (auf S. 37).

[39]) S. Note 26 auf S. 36.

ren ist, während eine unausführbare Disposition durchaus nicht immer, um ihr nicht entgegen zu verfahren, Nichtigkeit der ganzen Verfügung, auf die sie sich bezieht, zur Folge hat, im Gegentheil, wir wissen, daß der Erblasser eine Verfügung nicht mit einem contra jus publicum gehenden Beisatz versehen darf, der vielmehr dann nichtig ist, wir wissen, daß nuda praecepta wirkungslos sind, und wie sollte es sich unter Andern rechtfertigen, daß eine Erbeseinsetzung, die auf einen dies ad quem beschränkt ist (bei welcher doch auch gewiß ist, daß der Erblasser wollte, von diesem Tage an solle der Eingesetzte nicht mehr Erbe sein), dennoch gilt vitio temporis sublato? Das Hauptsächliche aber ist, Mühlenbruch fehlt darin, daß er unsere Frage nach allgemeinen Principien beurtheilen will, während sie sich doch lediglich nach dem besonderen Fundamente, auf welchem die Aufrechthaltung der institutio ex re certa überhaupt beruht, bemessen darf.

Ebenso, wie wir es für den Fall des ausdrücklichen Verbots, daß der Eingesetzte mehr bekommen solle, bestimmt haben, müßte dann auch in dem noch seltsameren Falle entschieden werden, wenn der Erblasser mit einer institutio ex re certa etwa die Erklärung verbände, rücksichtlich des Uebrigen wolle er überhaupt nicht beerbt sein; es wäre dieß eine nichtige Auflehnung gegen das jus publicum, die aber eben nur diesen Zusatz nichtig machen würde.

§. 5.

Fortsetzung.

In der durch das Bisherige entwickelten Behandlung unserer institutio ex re certa liegt nun namentlich Folgendes:

I. Zunächst ist im Auge zu behalten, daß hier eine an sich eigentlich ungültige Verfügung nur aufrecht erhalten wird. Dieß erhellt daraus, daß man ein detrahere, also einen Ausweg, für nöthig erachtet hat, daß ferner die Behandlung der Einsetzung, wenigstens bei dem in fr. 74 D. de her. inst. ent-

haltenen Falle, auf Juristenauktorität zurückgeführt wird, wie es denn auch in fr. 35 pr. D. eod., welche Stelle wir unten im zweiten Abschnitte näher kennen lernen werden, heißt: „receptum esse, rerum heredem institui posse"; ebenso erhellt es daraus, daß in §. 2 derselben Stelle die Frage erörtert wird, ob eine solche Verfügung „repellenda" sei, wie denn auch fr. 19 D. de lib. et posth. (28. 2) (s. unten Nr. II) sagt: — „aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non sunt adjuvandae"; es zeigt sich endlich aus den angeführten Aeußerungen des fr. 35 pr. und §. 2 cit., daß man anfangs geschwankt habe, ob eine solche Verfügung aufrecht zu erhalten sei [1]). Und ein anderes, als Aufrechthaltung von etwas streng genommen Ungültigem läßt sich nach der oben in §. 2 gezeigten Unvereinbarkeit einer res certa und heredis institutio in der That gar nicht erwarten, es ist gerade wie mit der Gültigkeit einer an einen dies certus geknüpften Erbeseinsetzung, auch sie, als eigentlich vitiöse, besteht nur durch Aufrechthaltung, vitio temporis sublato [2]). Dabei darf es denn auch nicht befremden, daß in dem unten (II) näher zu besprechenden fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6) heißt: „non videri cum vitio factam institutionem"; denn dieß soll nur sagen, daß, nachdem man einmal Aufrechthaltung der institutio x re certa angenommen hat, auch die dort gemeinte Einsetzung nicht mehr als eine inutilis angesehen werden darf.

---

[1]) v. Löhr in v. Linde's Zeitschr. Bd. XIX, S. 77.

[2]) Von diesem Falle sagt daher mit Recht Vinnius ad § 9 J. de her. inst. Nr. 3: „quod dies tollitur, benevolentiae est, ne pereat ultima defuncti voluntas", und daher auch weiter ad § 8 J. eodem von unserm Falle: „ubi soli sint instituti ex re certa, hic si testamentum subsistere volumus, atque ex eo, quod utique testator voluit, deferri hereditatem, necessario detrahenda est rei mentio, cum haec simul stare non possint, heredem esse, hoc est, universi juris successorem, et rem tantum obtinere singularem. S. auch Averan. interpr. jur. lib. IV cap. 11 Nr. 26. Galvan. de usufr. cap. 13 Nr. IV.

Hiernach vermag ich nicht der Ansicht Derjenigen beizutreten, welche die Gültigkeit unserer institutio ex re certa schon in consequenter Folgerung aus den Principien des Erbrechts finden, die also damit sagen: nicht etwas fehlerhaftes wird hier aufrecht erhalten, sondern ein unvollständig ausgesprochener Wille vervollständigt sich von selbst, d. h. schon nach Rechtsprincipien. Es ist namentlich nicht richtig, den Bestand solcher Verfügungen aus dem jus accrescendi zu erklären [3]), denn das jus accrescendi setzt etwas an sich Gültiges voraus, dem accrescirt werden könne [4]), auch ist die Bedeutung des Accrescenzrechts die: portio portioni accrescit, hier aber ist nicht auf eine portio hereditaria, sondern auf eine res certa [5]) instituirt, und dieser soll nicht das Uebrige (was denn auch wieder nicht als eine portio des Rechtsbegriffs der hereditas betrachtet werden dürfte) zuwachsen, sondern die res certa wird ja geradezu detrahirt, kann also keine Attraktionskraft haben. Eben so wenig läßt es sich rechtfertigen, wenn man [6]) den Grund des Bestandes der institutio ex re certa in der untheilbaren Natur der hereditas und in dem Satze nemo pro parte etc. finden will, eben weil hier gar nicht auf die hereditas, nicht einmal auf einen Theil der hereditas, sondern auf etwas von der hereditas ganz verschiedenes, ja ihr widersprechendes eingesetzt ist; auch diese Sätze müßten also zunächst gerade auf die Ungültigkeit un-

---

[3]) So z. B. Huber prael. ad Pand. lib. 28 tit. 5 Nr. 7 und viele Andere, besonders zeigt sich diese Ansicht in der Ausdrucksweise derjenigen, welche bei der am Schlusse des §. 4 aufgeworfenen Frage (wie es zu halten sei, wenn der Testator ausdrücklich verboten habe, daß der Erbe mehr als die res certa bekomme?) der an sich richtigen Ansicht sind, daß auch hier die institutio gelte; sie drücken es meist so aus: das Uebrige accrescire dem Erben trotz des Verbots des Erblassers, so Ant. Faber err. pragm. dec. 15 error 7.

[4]) Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI S. 303.

[5]) Galvan. de usufr. cap. 13, Nr. IV.

[6]) Huschke a. a. O.

ferer Verfügung hinführen, sie erklären nicht den Grund des Bestandes der institutio ex re certa, sondern nur die nothwendige Folge der einmal gebilligten Aufrechthaltung und detractio rei. In diesem Sinne ist es denn auch zu verstehen, wenn fr. 19 §. 2 D. de castr. pec. (s. oben S. 24) sagt, der von dem filiusf. paganus auf die bona castrensia eingesetzte Erbe bekomme necessario das ganze Vermögen.

Anders freilich verhält es sich mit dem Quotenerben, d. h. mit dem Falle, wenn der einzige Erbe nur auf eine pars hereditaria (z. B. „er soll Erbe sein auf die Hälfte der Erbschaft") eingesetzt wird; es ist ein weiterer Fehler, wenn man diesen Fall mit dem unsrigen gemeinschaftlich nennt, und die Behandlung beider nach demselben Gesichtspunkte auffaßt. Allerdings ist auch ein solcher einziger Quotenerbe gerufen zum Ganzen [7]), selbst dann, wenn er auf die andre Quote nur bedingt eingesetzt ist, und die Bedingung noch schwebt oder schon deficirte [8]), es sei denn, daß auf diese bedingt hinterlassene Quote ein Anderer substituirt ist, wo dann deficiente conditione der Substitut coheres ex parte wird [9]); allein man kann von dem Quotenerben in der That sagen, daß er schon nach Rechtsprincipien auf das Ganze gerufen, und ein adjuvare nicht nöthig ist [10]), denn er ist ein von Haus aus gültiger Erbe, er ist auf etwas dem Begriffe der hereditas Entsprechendes eingesetzt, auf den dem quale nach richtigen Gegenstand, nur dem Quantum nach ist die Bezeichnung des Gegenstandes unstatthaft, und selbst dieß nur scheinbar, denn die Bezeichnung ist aufzufassen als ein unrichtiger, oder vielmehr von dem Testator willkührlich, aber erlaubt gewählter Ausdruck

---

[7]) §. 5 J. de her. inst. (2, 14.) fr. 28, §. 4 D. eod. (28, 5.)

[8]) fr. 33 D. eod. (28, 5.)

[9]) fr. 27 pr. D. eod. (28, 5.) s. auch fr. 52 §. 1, fr. 53 D. de acq. vel om. her. (29, 2.)

[10]) GALVAN. l. c.

für das Ganze [11]. Darum erwähnen denn auch die Quellen hier nirgends ein detrahere, ebenso ist hier nie ein Schwanken in der Behandlung und allmähliche Anerkennung einer Aufrechthaltung sichtbar, sondern der Fall wird einfach als sich von selbst verstehend in angegebener Weise entschieden.

II. Der Grund der Aufrechthaltung unserer institutio ex re certa ist nicht blos der allgemeine, von unseren Juristen dafür angegebene, Aufrechthaltung der voluntas testatoris und des Testamentes, sondern speciell die in dem Römischen Leben allgemein anerkannte hohe Bedeutung der Erbenqualität; weil es eine heredis institutio ist, darum wird sie aufrecht erhalten; daraus folgt, daß diese Behandlung einerseits nicht gilt bei einer mit ähnlichem Fehler versehenen Enterbung, daß sie aber andererseits gilt bei einer jeden Erbeseinsetzung.

Daß bei einer exheredatio rei certae diese benigna interpretatio nicht gilt, sagt ausdrücklich folgende Stelle:

Fr. 19 D. de lib. et post. (28, 2.) Paulus, lib. 1 ad Vitellium. Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adjecit: et in cetera parte exheres mihi esto, et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit: non videtur; et in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.

Es ist dieß bekanntlich die Stelle, auf welche man, und mit

---

[11]) §. 5 J. de her. inst. (2, 14.): non autem utique semper duodecim uncias esse oportet, nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit; et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit. — fr. 13, §. 1 D. eod. (28, 5.): Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit; sed solemnis assis distributio in duodecim uncias fit.

Recht, den Satz gründet, die formelle Exheredation der sui müsse geschehen a tota hereditate. So wie nemlich die institutio heredis auf den Rechtsbegriff der hereditas, und nicht auf materielle Vermögensbestandtheile gerichtet ist, so natürlich auch die exheredatio; so wie darum die institutio lange Zeit mit bestimmten Wortformeln geschah, z. B. filius mihi heres esto, die eine Erwähnung des Objekts der Einsetzung nicht einmal hatten, weil dasselbe sich schon aus der Bedeutung des heres von selbst verstand, so auch bestanden bestimmte Exheredationsformeln, exheres esto, exheres sit, exheres erit, exheredem esse jubeo [12]), ebenfalls ohne Bezeichnung des Objekts der Enterbung; ja selbst nachdem es mit den verba institutionis milder genommen wurde, geschah dieß doch nicht in gleichem Grade mit den verba exheredationis, sodaß erst Justinian die Formel: „filius alienus meae substantiae sit" als gültig gestattete [13]). So wenig ferner eine Einsetzung auf bestimmte Sachen der Bedeutung der heredis institutio entsprach, so wenig entsprach eine Enterbung von materiellen Vermögensbestandtheilen der Bedeutung der exheredatio, dieselbe war vielmehr nach strengem Recht nichtig, so gut als jene institutio ex re certa; so wie nun für letztere allmählich benigne angenommen wurde, sie gelte dennoch detracta rei mentione, so könnte man denken, auch die exheredatio rei certae hätte detracta re aufrecht erhalten werden können, so daß man als a tota hereditate exheredirt gelte, wie wenn der Testator einfach gesagt hätte: exheres esto. Allein das geschah nicht, und zwar deßhalb, quia exheredationes non sunt adjuvandae, das heißt aber eben nichts anders, als weil hier nicht die hohe Bedeutung der Erbenqualität in Betracht kommt, sondern gerade das Entziehen derselben. — Nach diesen Sätzen beurtheilt sich denn nun

---

[12]) fr. 2, §. 17 D. de lib. et posth. (28, 2.) fr. 61 D. de her. inst. (28, 5.)

[13]) c. 3 C. de lib. praet. (6, 28.)

ganz einfach der zweite in obiger Stelle genannte Fall, nämlich wenn gesagt ist: „filius meus fundi exheres esto", es ist dieß eine deutlich ausgesprochene exheredatio rei certae, allein ebenso gewiß auch jener erste Fall, wenn decem legirt sind, und dabei gesagt ist: „et in cetera parte exheres mihi esto". Man hat zwar gesagt [14]), hier könne doch das „ex cetera parte" nur die Erbschaft als universitas (also das wirkliche rechte Objekt einer exheredatio) bedeuten, da die decem ausdrücklich nur vermacht seien, man sei daher sehr weit gegangen in Durchführung der Mißbilligung einer exheredatio rei certae. Allein meiner Ansicht nach nicht, auch dieser Fall enthält eine wahre exheredatio rei certae; nicht darauf, daß die decem nur vermacht sind, und daß das „ex cetera parte" die Erbschaft bedeuten könne, ist Gewicht zu legen, sondern darauf, daß die Objekte des Vermächtnisses und der Enterbung als materielle Nachlaßbestandtheile auf Eine Linie gestellt sind, m. a. W., daß man auf die nach Abzug der decem übrigen Vermögensbestandtheile enterbt sein soll, und dieß ist wahre exheredatio rei certae, so gut wir in fr. 74 D. de her. inst. (28, 5) für den Fall: heres esto excepto fundo sagen mußten, daß der Erbe nicht auf die universitas der hereditas, sondern auf die ceterae res excepto fundo eingesetzt dasteht, mithin eine wirkliche institutio ex re certa vorliegt (wie hätte es sonst der besonderen Auctorität des Aquilius Gallus bedurft, um diese Einsetzung aufrecht zu halten, wenn man ihr Objekt schon ohnedieß als das universum jus defuncti angesehen hätte?). Gerade so ist es hier: die exheredatio wird als nicht gültig betrachtet, weil man sie in der That als nichts anders denn als wahre exheredatio ex re certa ansehen durfte. Man kann also selbst nicht mit Mühlenbruch a. a. O. sagen, Scävola habe darum so entschieden, weil die Verfügung zur Noth auch so hätte

---

[14]) Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, S. 69. — Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 36 S. 427.

verstanden werden können: in Ansehung des übrigen Theils soll er enterbt sein, sondern man muß sagen, so und nicht anders muß man in der That die Verfügung verstehen. Das Objekt der exheredatio muß, selbst wenn ein Vermächtniß dabei ausgesetzt ist, doch rein gehalten werden von aller Beziehung auf materielle Bestandtheile der Erbschaft [15].

Während nach dem Bisherigen die exheredatio rei certae überall keine Billigung findet, muß andererseits, unserem Gesichtspunkte zufolge, eine jede institutio ex re certa aufrecht erhalten werden, d. h. nicht blos die eigentliche institutio, sondern auch die auf eine res certa beschränkte substitutio, mag diese eine vulgaris oder eine pupillaris sein, denn beide sind nichts als bedingte Erbeseinsetzungen [16]. Für die auf res certae beschränkte substitutio pupillaris wird uns diese Aufrechthaltung sogar ausdrücklich angegeben in einer Stelle, deren Schluß bereits oben S. 23 angeführt ist; sie lautet vollständig so:

Fr. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6) Papinianus lib. VI Responsorum. Non videri cum vitio factam substitutionem his verbis placuit: ille filius meus, si, quod abominor, intra pubertatis annos decesserit, tunc in locum partemve ejus Titius heres esto, non magis, si post demonstratam conditionem sibi heredem esse substitutum jussisset, nam et qui certae rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.

---

[15]) So wie z. B. in fr. 61 D. de her. inst. (28, 5.): qui volebat filiam exheredare, sic testamento comprehendit: te autem filia ideo exheredavi, quoniam contentam te esse dote volui; quaero, an inefficaciter exheredata sit? Modestinus respondit, nihil proponi, cur non esset voluntate testatoris exheredata.

[16]) v. Löhr im Archiv für civil. Praxis. Bd. XXII, S. 318 und 323 Note 32. — Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40, S. 259, Note 1.

Man war schon zur Zeit der Glossatoren uneinig, welchen Punkt der hier angeordneten Substitution Papinian vor der Mißdeutung eines vitium habe bewahren wollen [17]; Einige sagten, der impubes sei hier nicht ausdrücklich in den primis tabulis instituirt worden, weil aber der Testator gesagt habe, Titius solle in locum partemve ejus Erbe sein, so sei es anzusehen, als habe der Vater den Pupillen ausdrücklich instituirt; Andere fanden den Punkt darin, daß der Substitut nicht einfach auf das Vermögen des Kindes, einerlei woher es komme, eingesetzt sei, sondern nur auf das vom Vater herrührende. Diese letztere Auffassung ist augenscheinlich die einzig richtige, wie der ganze Zusammenhang zeigt; die Worte in locum partemve ejus bezeichnen dasjenige, was der Pupill von dem Vater erben wird; dieß, es mag noch so bedeutend sein, bleibt doch immer im Vergleiche zu dem gesammten auch anders woher erworbenen Vermögen des Pupillen ein materiell bezeichneter Vermögensbestandtheil, also eine res certa, die darauf gerichtete Substitution ist also streng genommen eine cum vitio facta, allein Papinian entscheidet, sie solle eben so wenig ungültig sein, als die, seit verändertem Gesichtspunkte der substitutio pupillaris eigentlich auch nicht ganz richtige Einsetzungsformel: si filius meus —— decessint, tunc Titius mihi [18] heres esto, und zwar dieß darum, weil

---

[17] S. glossa ad h. l.

[18] Diese Einsetzungsformel (s. auch z. B. fr. 1, §. 1 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6.) erklärt sich daraus, daß die ursprüngliche Bedeutung der subst. pup. die war: der parens ernannte in dem Substituten sich selbst einen zweiten Erben (Franke, Recht der Notherben, S. 458 ff.; v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II §. 452. Anmerk.); als sich später die Auffassung der subst. pup. als eine Erbeseinsetzung für das Kind geltend zu machen anfing, zeigte sich dieselbe auch in der Art, wie man nun jene Einsetzungsformel behandelte; so erklärt sich: fr. 8 §. 1 D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11.): qui filio impuberi substituitur ita: „si filius meus moriatur, prinsquam in suam tutelam veniat, tunc Titius mihi heres esto", sicut hereditatem vindicat, perinde ac si verbum hoc **mihi** adjectum non esset, ita bonorum quoque ejus possessionem accipere potest.

auch der institutus ex re certa dennoch (detracta re) auf das Ganze gerufen sei. Jene erst genannte Meinung, und der von ihr vorgebrachte Anstand beseitigt sich einfach dadurch, daß Papinian nicht die ganze väterliche Verfügung, sondern nur das seiner Rechtsfrage relevante Stück derselben mittheilt, und dabei in der That voraussetzt, der Vater habe in den primis tabulis den Pupillen wirklich instituirt, und zwar ex parte; denn es würde sonst jene erste Meinung dem Papinian eine Entscheidung unterschieben, die er gewiß nicht gegeben hätte, nämlich die der Annahme einer stillschweigenden Erbeseinsetzung [19]).

Endlich aber bedarf es wohl keiner Bemerkung, daß die ganze institutio ex re certa und ihre Behandlung nur denkbar ist bei der direkten Erbeseinsetzung, nicht auch bei Anordnung einer hereditas fideicommissaria, es kann die Frage gar nicht entstehen, ob ein Fideikommissar, welchem res certae restituirt werden sollen, als Universal-Fideikommissar gemeint und als solcher aufrecht zu erhalten sei. Denn während der direkte Erbe schon der Anordnung nach ein heres ist, d. h. als solcher instituirt wird, und dann das Objekt seiner Berufung (als sich nach jus publicum von selbst verstehend) von dem Testator gar nicht angegeben zu werden braucht, sodaß erst wenn er wirklich ein mit der aus der Institution erhellenden Erbenqualität unverträgliches Objekt (res certa) beigefügt hat, die Frage nach Behandlung und Aufrechthaltung der Verfügung auftauchen kann, ist der heres fideicommissarius der Anordnung nach ein reiner Vermächtnißnehmer, nicht als Erbe, sondern als Vermächtnißnehmer, d. h. zur mit-

---

Das „mihi heres esto" betrachtete man jetzt gewissermaßen als eine institutio ex re certa, und behandelte sie demgemäß. Gerade hieraus erklärt sich noch mehr der Zusammenhang unsrer obigen Stelle.

[19]) Denn daß mindestens nach Pandektenrecht der Satz positi in conditione non est in dispositione feststeht, kann doch nicht bezweifelt werden. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40 S. 234 ff. — v. Vangerow, Leitf. Bd. II §. 449, Anmerk. 1.

telbaren Succession, wird er berufen; sowie nun jeder Vermächtnißnehmer erst dadurch einen bestimmten rechtlichen Gehalt bekommt, daß der Erblasser das Objekt, das ihm werden soll, wirklich angibt, so versteht es sich auch, daß ein Universalvermächtniß nur da angenommen werden kann, wo der Erblasser ein der hereditas fideicommissaria entsprechendes Objekt bezeichnet hat, also Restitution der hereditas oder einer pars hereditaria [20]); nur hier hat der Vermächtnißnehmer ein Recht, den direkten Erben zur Antretung zu zwingen, nur hier wird er durch die Restitution heredis loco; hat dagegen der Erblasser eine certa res vel quantitas (wie bedeutend sie auch dem Quantum nach sein möge), als Restitutionsobjekt bezeichnet, so hat er damit klar und deutlich ein Singularvermächtniß gewollt und bezeichnet, und dabei hat es sein Bewenden, es kann weder die Rede davon sein, dem Vermächtnißnehmer hier mit Beibehaltung dieses Objekts und mit Rücksicht auf dasselbe die rechtliche Lage eines heres fideicommissarius zu verschaffen [21]), (also Recht auf Zwang zur Antretung gegen den Erben und heredis loco werden nach der Restitution), noch liegt eine Veranlassung und rechtliche Möglichkeit vor, ihn durch Veränderung des Objekts und Substituirung eines der he-

---

[20]) Mit welchen Ausdrücken unter dieser Voraussetzung der Erblasser das Restitutionsobjekt bezeichnet hat, ist gleichgültig, fr. 14 §. 78. fr. 15. fr. 16 pr. §. 1 D. ad Sct. Treb. (36, 1,), wenn nur: „de universitate sensisse testatorum apparet" fr. 16 §. 2 D. eod. s. auch fr. 14 §. 5 D eod.

[21]) fr. 16 §. 2 D. ad Sct. Treb. (36, 1): et generaliter autem potest dici, ita demum quem non posse cogi adire, et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus; dieß gilt, selbst wenn die res certae noch so bedeutend, vielleicht ein ganzer Vermögens-Complex sind, z. B. quum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet, restituere rogatus, fr. 16, §. 6 D. eod. Daß es in dieser Stelle weiter heißt, bei dem miles sei es anders, hier gelte bei der Restitution solcher res certae allerdings das Sct. Trebell., und zwar dieß darum, weil der miles auch eine institutio ex re certa mit der Wirkung anordnen könne, daß der Eingesetzte Erbe auf diese Sache werde, gehört noch nicht hierher.

reditas fideicommissaria entsprechenden Objekts ihn zum Universal-Fideikommissar zu gestalten [22]).

---

[22]) Auch für Anordnung einer tutela findet sich eine Beschränkung auf res certae erwähnt, wird aber hier anders behandelt als die der heredis institutio beigefügte. fr. 12 — 15 D. de test. tut. (26, 2): Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus; (fr. 13) et si data fuerit, tota datio nihil valebit; (fr. 14) quia personae non rei vel causae datur; (fr. 15) si tamen tutor detur rei Africanae, vel rei Syriacae, utilis datio est; hoc enim jure utimur. — §. 4 J. qui test. tut. (1, 14): certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae, vel rei datur. — Auch der tutor nämlich hat mit der Persönlichkeit des Pupillen, wie der heres mit der Persönlichkeit des Erblassers zu thun, jener ergänzend für die durch Willensakte concret werdenden Resultate der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Pupillen, dieser repräsentirend die bei dem Erblasser concret gewordene vermögensrechtliche Persönlichkeit. Folge bei jenem ist die auctoritatis interpositio bei allen vermögensrechtlich verpflichtenden Willensakten des Pupillen, wie Folge bei diesem das gleichmäßige Gerufensein zu allen Erbschaftsbestandtheilen; in beiden Fällen daher geht Beschränkung auf res certa gegen das Wesen des Rechtsverhältnisses; aber die Behandlung ist in beiden Fällen verschieden, bei der tutela gilt Anordnung auf certae res vel causae 1) zuweilen schon de jure, und zwar aus Zweckmäßigkeitsgründen; dieß in Specialfällen bei der tutula dativa, und der Geschäftserleichterung wegen, wenn die certae res zugleich Abtheilung noch Regionen enthalten (res Africanae, Syriacae); 2) wo sie aber hiernach nicht schon de jure gilt, wird die tutela testamentaria nicht aufrecht erhalten detracta rei mentione, sondern bleibt ungültig. Daß dieß solange galt, als auch die institutio ex re certa nicht anerkannt wurde, ist natürlich, daß es aber auch nachdem die institutio ex re certa in genannter Art aufrecht erhalten wurde, fortwährend galt, erklärt sich wohl aus Folgendem: Grund der Aufrechthaltung der institutio ex re certa ist die hohe Bedeutung der Erbenqualität, bei der tutela ist diese Rücksicht nicht da, aber selbst allgemeiner betrachtet muß man sagen: bei der institutio trifft der Erblasser eine Bestimmung, die ihn selbst angeht, hier, bei der Frage, wer ihn repräsentiren soll, ist es natürlicher, seine voluntas so weit wie möglich zu berücksichtigen; bei der tutoris datio trifft er eine Bestimmung im Interesse des Mündels, hier läßt es sich eher rechtfertigen, daß des Vaters Wille nur gilt, wenn er der rechtlichen Bedeutung der Tutel gemäß ausgesprochen ist, zumal da man selbst im Sinn der voluntas patris nicht gewiß weiß, ob solche tutores, die wohl für die res certae das Vertrauen des Erblassers für sich haben, auch im Uebrigen der Art sind, daß „fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est (wie es in einer anderen Rücksicht — Befreiung von der satisdatio — in pr. J. de satisd. tut.

III. Die Art und Weise der Aufrechthaltung unserer institutio ex re certa ist von der Art, daß sie ein Resultat gibt, das durchaus nichts Singuläres, keine Anomalie von den in §. 1 und 2 hervorgehobenen Principien des Erbrechts, insbesondere von der Bedeutung der heredis institutio gibt, sondern dem jus commune auf das Vollständigste entspricht. Durch Wegdenken der rei mentio ist auch dieser Erbe, wie ein jeder Testaments- oder Intestaterbe, zur Repräsentation des Verstorbenen, zum universum jus defuncti gerufen, es ist nicht das Resultat heibeigeführt, daß ein Erbe auf die res certa und nur auf diese geschaffen und rechtlich anerkannt worden ist, im Gegentheile die ganze Behandlung zeigt, daß man eben allein darum so verfahren ist, weil man den Satz festhielt: es kann Niemand Erbe auf eine res certa sein, es kann eine institutio ex re certa nicht diese Wirkung haben. Diese einfachen, sich nach dem Bisherigen ganz von selbst verstehenden Sätze wollten wir hier nur gerade wegen ihrer einfachen Wahrheit noch einmal besonders aussprechen; es könnte sein, daß wir im weiteren Verlaufe unserer Darstellung bei verwickelteren Verhältnissen an die einfache aber ernste Wahrheit dieser Sätze zu erinnern hätten.

IV. Endlich kann die Frage, wann und durch welche Rechtsquelle die Aufrechterhaltung der institutio ex re certa

---

(1, 24) von den tutores testamentarii heißt). Nimmt man dazu, daß der Gesichtspunkt der Vormundschaft als Sorge für den Mündel im Römischen Rechte immer mehr hervortrat, und daß man in Folge dieses Gesichtspunkts nicht jede Bestimmung des die Tutel verordnenden Vaters gelten ließ, vielmehr der Vormundschaftsbehörde gestattete, aus guten Gründen davon abzugehen, z. B. fr. 1 §. 1 D. ubi pup. educ. (27, 2), fr. 7 D. de ann. leg. (33, 1), so erklärt sich hinreichend die von der institutio ex re certa abweichende Behandlung der auf res certa beschränkten datio tutoris. Heißt es doch auch bezüglich der personae incertae noch nachdem ihnen Justinian Bedenkfähigkeit gab, in §. 27 J. de leg. (2, 20): tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere.

in dem Römischen Rechte aufkam, nach dem Bisherigen nicht zweifelhaft sein. Es geschah weder durch einen Akt der gesetzgebenden Gewalt, noch durch Vermittlung des prätorischen Edikts, sondern lediglich durch Juristenrecht, durch prudentum interpretatio; dieß erhellt daraus, daß wenigstens die Behandlung Eines Falles der institutio ex re certa, des in fr. 74 D. de her. inst. erwähnten, auf die Auktorität eines Juristen, des Aquilius Gallus zurückgeführt wird, daß ferner in derselben Stelle gesagt wird: „perinde erit jure civili“, womit in diesem Zusammenhange nichts anders als das jus civile im engsten technischen Sinn gemeint ist, das heißt eben das Recht, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit [23]), es wird endlich dadurch bestätigt, daß Ulpian in dem bereits oben beiläufig erwähnten fr. 35 pr. D. eod. sagt: dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, bekanntlich aber wird der Ausdruck receptum est vorzugsweise für diejenigen Rechtssätze gebraucht, welche ihre Entstehung der prudentum interpretatio verdanken. Diese bewegte sich denn auch hier in der That ohne Ueberschreitung ihrer Gränzen völlig in ihrem Rechte, denn die Behandlung der institutio ex re certa enthält nicht sowohl die Einführung eines eigentlich neuen Rechtssatzes, beruht vielmehr auf der Interpretation der höchsten voluntas testatoris, man gewann einer formell ungültigen Verfügung eine materiell gültige Seite ab. Was die Zeit betrifft, in welcher diese Behandlung aufkam, so war es, wenn die oben bei Erörterung des fr. 74 D. de her. inst. deßfalls gemachten Bemerkungen richtig sind, wohl nicht erst Aquilius Gallus, der sich für die Aufrechthaltung unserer institutio ex re certa ausgesprochen hat, er wendete vielmehr eine bereits anerkannte Theorie auf einen besonderen Fall an, lange vorher mochte indeß diese Theorie selbst nicht bestanden haben; wir

---

[23]) Fr. 2 §. 12 D. de orig. jur. (1, 2.)

können im Allgemeinen sagen, sie gehört der media jurisprudentia an [24]).

Dagegen verdient es andererseits kaum einer Widerlegung, wenn Galvanus [25]) sagt, ursprünglich sei in Gemäßheit der Worte der zwölf Tafeln : uti legassit, ita jus esto auch die institutio ex re certa geradezu (also mit der Wirkung, daß der Gerufene wirklich auf die Sache und nur auf sie Erbe geworden sei) zuläſſig gewesen, und erst später, nachdem, wie Pomponius in fr. 120 D. de verb. sign. sage : id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium, habe die media juris prudentia jenen Zwölftafel-Worten unter Anderem auch die Beschränkung beigefügt : „nisi testator instituerit heredem ex re certa". Im Gegentheile, bedenkt man die alte Form der Testamentserrichtung per aes et libram, insbesondere die bei der familiae mancipatio von dem familiae emtor, der ursprünglich keine von dem heres institutus verschiedene Person war [26]), gebrauchten, generell sich auf die familia pecuniaque testatoris bezeichneten Worte [27]), so darf man mit Gewißheit behaupten, daß ursprünglich eine institutio ex re certa bei den Römern überhaupt nicht vorkam; als sich aber später die ersten Fälle der Art ereigneten, wurde sicher anfangs die Verfügung als ungültig verworfen [28]), und erst später trat jene benigna intrepretatio durch das Juristenrecht ein.

§. 6.

2) Beschränkung auf die res certa.

Wir haben indessen unsere institutio ex re certa nunmehr noch von einer anderen Seite zu betrachten. Durch das Bishe-

---

[24]) In dem Sinne von §. 3 J. de legit. agnat. succ. (3, 2) : „qua erat lege XII tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior".

[25]) De usufr. cap. 12 Nr. X.

[26]) Gaj. II. §. 103.

[27]) Gaj. II. §. 104.

[28]) S. auch oben S. 11 Note 4.

rige (§§. 4, 5) wurde nur gezeigt, daß der heres ex re certa institutus als auf das Ganze gerufen angesehen wird, und zwar dieß als unvermeidliche Consequenz davon, daß man ihn überhaupt als heres anerkennt; dabei sahen wir, daß das Römische Recht sich von dieser Behandlung auch dadurch nicht abhalten läßt, daß in Folge derselben der Eingesetzte nun vielleicht auch Alles bekommt, obschon hierdurch ein Theil der voluntas testatoris der Aufrechthaltung des hauptsächlichen Willens geopfert wird.

Aber, so ließe sich im Interesse möglichst vollständiger Aufrechthaltung der in unserer institutio ex re certa zu erblickenden voluntas testatoris weiter fragen, ist es auch wirklich rechtlich nothwendig, daß der Eingesetzte, weil er auf das Ganze gerufen ist, nun auch Alles bekommt? Ließe sich nicht nebenbei in irgend einer Art auch die Beschränkung auf die res certa aufrecht erhalten? Denn wir wissen, daß in der That rücksichtlich dessen, auf was ein Erbe gerufen ist, und rücksichtlich dessen, was er bekommt und behält, rechtlich ein großer Unterschied sein kann (s. oben S. 6); im Zweifel allerdings wird der auf das Ganze gerufene Erbe auch Alles bekommen, allein nothwendig ist dieß nicht, es kann auch sein, daß er einen Theil des Vermögens (ja Alles) an Andere als Vermächtniß zu restituiren hat, ohne daß dadurch seiner Erbenqualität ein Eintrag geschieht. So ließe sich denn auch hier sagen: mit Anordnung der institutio ex re certa hat der Testator in Einem Satze zwei Willen kund gegeben: der Eingesetzte soll gerufen sein als Erbe, bekommen aber soll er nur die res certa; und fragen wir dabei, wen wohl der Testator für das übrige Vermögen bestimmt hat, so läge die Antwort sehr nahe, vernünftigerweise kann er niemand anders als seine Intestaterben gemeint haben, die Intestaterben sind ja die Personen, welche kommen, wenn der Erblasser nicht letztwillig verfügt hat, er hat dieselben also wohl auch hier soweit im Sinne gehabt, als er über sein Vermögen nicht verfügt hat. Da nun überhaupt

die Aufrechthaltung unserer institutio ex re certa ihren Grund hat in der Rücksicht auf die voluntas testatoris, und darum auch die Art und Weise der Aufrechthaltung nur möglichster Anschluß an diese voluntas sein kann, so dürften wir der soeben genannten Auffassung unserer Anordnung zu Folge vielleicht erwarten, daß die vollständige, dem Willen des Erblassers nach jeder Beziehung entsprechende Behandlung der institutio ex re certa dahin gehe: gerufen ist der Eingesetzte als Erbe zum universum jus defuncti, und in dieser Rücksicht, d. h. zur Aufrechterhaltung der Erbenqualität, wird die rei mentio detrahirt, dagegen rücksichtlich des Bekommens wird die Erwähnung der Sache allerdings noch fortwährend beachtet, in der Art, daß der Eingesetzte nichts weiter als die res certa bekommt und behält, das übrige Vermögen aber als Vermächtniß an die Intestaterben fällt. Hat auch der Testator dieß nicht formell und juristisch angeordnet, so entsprechen wir doch durch diese Art der rechtlichen Behandlung seiner Verfügung vollständig demjenigen, was er als praktisches Endresultat derselben wohl gewollt hat.

Prüfen wir indessen genauer, so zeigt sich bald, daß eine institutio ex re certa an sich, d. h. sofern nicht zugleich noch sonstige Beziehungen vorliegen, eine solche Behandlung in der That nicht zuläßt; theils der Wille des Erblassers selbst, theils die Unmöglichkeit einer juristischen Construktion derselben, theils die Aussprüche der Quellen stehen entgegen.

Zuvörderst nemlich liegt, wie wir schon früher hervorheben mußten, in der Anordnung einer institutio ex re certa nicht immer der Wille, den Eingesetzten auf die ausdrücklich genannten Sachen zu beschränken, der Testator kann mit ihrer Bezeichnung unter Umständen sein Vermögen überhaupt gemeint haben (s. S. 23 Nummer 1); daß in solchen Fällen der Eingesetzte Alles bekommt, und zwar schon ex voluntate testatoris, versteht sich von selbst; wir dürften also bei der ferneren Betrachtung nur an diejenigen Fälle denken, in welchen es wirklich gewiß ist, daß

der Testator den Erben auf die ihm zugewiesenen Sachen beschränken wollte.

Solange nun die legata des alten Rechts die einzigen Vermächtnisse waren, konnte auch in diesen Fällen jene Behandlung nicht eintreten, dieß darum, weil es an einem juristischen Anhaltspunkte fehlte, sie formell zu construiren, gesetzt auch, man sie berechtigt, den negativen Willen, der Eingesetzte solle nicht Alles bekommen, positiv dahin aufzufassen, die Intestaterben sollten das Uebrige bekommen. Die legata forderten die Einhaltung bestimmter strenger Formen, dabei war insbesondere der Honorirte speciell zu bezeichnen. Aus diesen Gründen mußten wir bereits oben (S. 38) die Ansicht von Donellus mißbilligen, daß in fr. 74 D. de her. inst. (28, 5) die Lesart der Florentina vorausgesetzt, Aquilius Gallus nichts Neues eingeführt haben würde, sondern in der Verfügung „excepto fundo, excepto usufructu heres esto" neben der Erbeseinsetzung auch ein rechtsgültig angeordnetes Legat zu erblicken sei; aus denselben Gründen müssen wir nun aber auch weiter hier für die institutio ex re certa überhaupt (sie sei als Ausschluß von bestimmten Sachen, oder als Einsetzung auf bestimmte Sachen angeordnet) sagen: die darin ersichtliche Beschränkung des Erben auf die res certae konnte damals nicht als ein Legat behandelt, und auf diesem Wege aufrecht erhalten werden, denn das hat doch augenscheinlich keinen Zweifel, daß bei einem so streng formellen Institute, wie die legata waren, der Satz feststand: da wo eine Verfügung nicht ausdrücklich und formell gültig als ein legatum angeordnet worden, war man auch nicht berechtigt, dieselbe wie ein Legat zu behandeln. Und so ist es gewiß, daß die institutio ex re certa ursprünglich (ihre Aufrechterhaltung als Erbeseinsetzung gehört ja einer Zeit an, in welcher die legata die Alleinherrschaft im Gebiete der Vermächtnißtheorie behauptete) lediglich die aus §. 4 und 5 hervorgehende Gestalt hatte, d. h. der heres ex re certa institutus, selbst wo ihn der Testator erweislich auf die Sache

beschränken wollte, bekam dennoch contram voluntatem mit Rechtsnothwendigkeit das Ganze, die rei mentio wurde für das Gerufensein wie für das Bekommen detrahirt.

Dagegen sollte man denken, daß mit Aufkommen der fideicommissa ein neues, für die Aufrechthaltung der voluntas testatoris in der fraglichen Beziehung günstigeres Licht in die Behandlung unserer institutio ex re certa gedrungen sein müßte. Die Anordnung der Fideikommisse ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, es entscheidet bei ihnen magis voluntas, quam scriptura [1]); in Folge davon gibt es bekanntlich nicht nur ausdrückliche, sondern auch sogenannte stillschweigende Fideikommisse, d. h. in Fällen, wo der Erblasser eine Verfügung getroffen hat, die zwar nicht in ausdrückliche Fideikommißworte eingekleidet ist, wohl aber sich als Fideikommiß behandeln läßt, da wird dieselbe auch in der That als Fideikommiß behandelt, es wird so angesehen, als enthielte die Verfügung wirklich verba fideicommissaria. So gilt z. B. die dem Erben gemachte Auflage, die Erbschaft mit einem Dritten zu theilen, als ein zu Gunsten des Letzteren angeordnetes fideicommissum hereditatis [2]), so ferner wenn der Erblasser den Erben bittet, er möge sich einen Dritten zu Erben einsetzen, wird dieß so angesehen, als habe er ihn fideikommissarisch verpflichtet, die Erbschaft dereinst an diesen Dritten zu restituiren [3]), und umgekehrt, wenn der Erblasser, der z. B. einen Sohn und eine Tochter hinterläßt, der Tochter auferlegt, sich, solange sie keine Kinder hat, kein Testament zu errichten, so wird dieß ausgelegt als fideikommissarische Verfügung, wonach die Tochter, falls sie kinderlos stirbt, ihren vom Vater herrührenden

---

[1]) c. 16 C. de fideic. (6, 42.)

[2]) Fr. 19 §. 1 D. ad Sct. Treb. (36, 1.) Einen ähnlichen Fall enthält fr. 78 pr. D. eod.

[3]) Fr. 114 §. 6. 7 D. de leg. I., fr. 17 pr. D. ad Sct. Treb. (36, 1.) — S. auch fr. 77 §. 35 D. de leg. II.

Erbtheil dem Bruder zu restituiren hat [4]); ebenso wenn der Erblasser einen paterfamilias zugleich mit dessen Kindern in potestate zum Erben einsetzt, unter der Auflage an den Ersteren, die Kinder zu emancipiren, soll dieß dahin aufgefaßt werden, der Vater habe seinen Kindern nach der Emancipation (die hier erzwungen werden kann) die ihnen deferirten, aber durante potestate dem Vater erworbenen Erbportionen zu restituiren [5]); es gilt ferner die dem Erben gemachte Auflage, bestimmte Erbschaftssachen nicht zu veräußern, als Fideikommiß dieser Sachen für diejenigen, zu deren Gunsten das Veräußerungsverbot angeordnet ist [6]). Indem hiernach auf den Grund der erstarkten Fideikommiß-Theorie gar manche [7]) nicht formell als Vermächtniß ausgedrückte Verfügung aufrechterhalten wird durch Behandlung als Fideikommiß, dürften wir uns wohl für berechtigt halten, auch in unserer institutio ex re certa neben der Erbeseinsetzung verba fideicommissaria des Sinnes zu erblicken, der heres solle das Uebrige den Intestaterben als Fideikommiß herausgeben, ja es scheint, wir werden darauf beinahe nothwendig geführt, wenn man bedenkt, daß die Quellen in zwei, einer institutio ex re certa ganz

---

[4]) Fr. 74 pr. D. ad Sct. Treb. (36, 1.) Tochter und Sohn sind hier als Miterben des väterlichen Vermögens zu denken. — Wenn dagegen fr. 77 §. 24 D. de leg. II in dem Testirverbot keine Annahme eines Fideikommisses findet, so ist dieß kein Widerspruch, denn in letzterer Stelle heißt es ausdrücklich: zu dem eignen Wohl der Erbin (pro salute sollicitus ipsius) gebe ihr der Erblasser auf, nicht zu testiren, solange sie keine Kinder habe, es ist also keine Anordnung zu Gunsten eines Dritten in dem Testirverbot hier zu sehen.

[5]) Fr. 92. 93 D. de condit. (35, 1.)

[6]) Fr. 114 §. 14 D. de leg. I.

[7]) Man thut nicht gut, wenn man, wie dieß in Lehrbüchern geschieht, die Fälle der sogenannten stillschweigenden Fideikommisse wie etwas der Zahl nach abgeschlossenes aufzählt, es lassen sich noch andere Fällen denken, als die in den Quellen gegebenen, eben weil die voluntatio quaestio sich nicht abgrenzen läßt; aber selbst die Quellen enthalten mehr Fälle, als gewöhnlich von unseren Juristen angegeben werden, wie unter andern auch der Verlauf unserer Abhandlung zeigen wird.

ähnlichen, Fällen in der That ein stillschweigendes Fideikommiß annehmen; der eine Fall ist der [8]: wenn der Testator sich einen heres ex asse ernennt, dabei aber zugleich bestimmt, er möge für die hinterlassene Erbschaft, die, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre, an seinen (des Erblassers) Bruder legitimo jure gefallen sein würde, sich mit einer bestimmten Summe zufrieden geben, so gilt dieser Bruder als heres fideicommissarius; nun ist es aber doch offenbar ganz ein und dieselbe Verfügung, ob ich in zwei Sätzen sage: A sei mein Erbe, aber er soll zufrieden sein mit dem fundus, oder ob ich (wie in fr. 1 §. 4 D. de her. inst.) geradezu in Einem Satze sage: den A instituire ich zum Erben auf den fundus. Der zweite Fall ist der [9]: der Erblasser setzt mehrere Erben ein, darunter Einen auf die Hälfte des Nachlasses, jedoch mit Ausnahme gewisser Gebäulichkeiten, von denen er sagt, diese sollen nicht zur Erbportion dieses Miterben gehören; diese Gebäulichkeiten gelten als Fideikommisse zu Gunsten der übrigen Miterben; nun aber ist es doch auch hier wieder of-

---

[8]) Fr. 69 pr. D. de leg. II (Papinian. lib. 19 quaest.): Peto, Luci Titi, contentus sis decem aureis; fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis? Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si, quum ex asse scripserit heredem, ejus gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto, pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.

[9]) Fr. 86 pr. D. de leg. II (Papinian. lib. 13 respons.): Cajus Seius pronepos meus heres mihi esto ex semisse bonorum meorum, excepto domu mea, et paterna, in quibus habito, cum omnibus, quae ibi sunt. Quae omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere; quaero, — — — an omnia, quae illic inveniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Es wird in dieser Stelle als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, daß wirklich den Miterben das Ausgenommene zufällt, und nur untersucht, was alles zu den Gebäuden gehört.

fenbar ein und dieselbe Verfügung, ob ich in zwei Sätzen sage: A sei mein Erbe, allein er soll ausgeschlossen sein von einem fundus, oder ob ich (wie in fr. 74 D. de her. inst.) in Einem Satze sage: den A setze ich zum Erben ein excepto fundo.

Dennoch aber sind wir in der That nicht berechtigt, für unsere institutio ex re certa die erwartete Behandlung eintreten zu lassen; so frei nämlich die ein Fideikommiß enthaltende Ausdrucksweise sein darf, so steht doch andererseits selbst für die sogenannten stillschweigenden Fideikommisse der Satz fest, daß die Anordnung nur dann berücksichtigt werden kann, wenn mit Bestimmtheit erhellt, zu wessen Besten sie gelten soll [10]), sei es daß der damit Honorirte bei der Anordnung selbst genannt oder deutlich bezeichnet ist (z. B. Auflage, mit dem A die Erbschaft zu theilen, den A zum Erben einzusetzen rc.), oder sei es, daß derselbe in einem anderen Theile der letzten Willensordnung in anderer Beziehung genannt ist, sodaß bei der den Erben beschränkenden Anordnung an den dort Genannten als Honorirten zu denken ist (was besonders dann gilt, wenn einem Theilerben das stillschweigende Fideikommiß auferlegt ist, wo dann der Miterbe als honorirt gilt, z. B. in den Fällen des fr. 69 pr. u. fr. 86 pr. D. de leg. II); so finden sich denn auch nicht nur in sämmtlichen Stellen (s. z. B. die Stellen der Note 2—5 auf S. 64 u. 65, und der Noten 8 u. 9 auf S. 66) die Honorirten als aus einer Willenserklärung des Erblassers ersichtlich vorausgesetzt, sondern es wird auch ausdrücklich gesagt, ein letztwilliges Veräußerungsverbot, sofern nicht ersichtlich sei, zu wessen Vortheil es angeordnet ist, verdiene als nudum praeceptum keine Beachtung [11]); wir sind also nicht berechtigt, in dem Falle, wenn kein von dem Erblasser in genannter Art bezeichneter Honorirter erhellt, gewissermaßen als letzte Instanz, an welche

---

[10]) Mühlenbruch, Pandekten §. 730, Note 5, und derselbe in Glück's Commentar Bd. XL, S. 168, Note 2.

[11]) Fr. 114 §. 14 D. de leg. I, fr. 38 pr., fr. 93 pr. D. de leg. III.

der Testator gedacht habe, seine Intestaterben anzunehmen, vielmehr sowie die bloße Nennung eines Honorirten ohne daß erhellt, womit er honorirt sein soll, ungültig ist [12]), so auch eine Anordnung, bei welcher der Honorirte nicht aus irgend einer Willensdisposition des Erblassers hervorgeht.

Diese Sätze haben wir sonach auch für unseren Fragefall anzuerkennen, wir müssen sagen: an sich könnte allerdings die erweisliche Beschränkung auf die res certa aufgefaßt werden als verba fideicommissaria, so gut als die dem gehörig eingesetzten Erben gemachte Auflage contentus esto certa re, allein weil der Testator keinen Honorirten für das Uebrige bezeichnet hat, gilt sie als nudum praeceptum, so gut wir dieß bei der am Schlusse des fr. 69 pr. D. de leg. II gemachten Anordnung dann behaupten müßten, wenn der Testator die Erwähnung seines Bruders als Intestaterben unterlassen hätte. Wir sind nicht berechtigt die Intestaterben zu subintelligiren. Dieß bestätigt sich denn auch durch die Fassung der Quellen über unsere institutio ex re certa, wäre nämlich die von uns bisher als möglich gedachte Behandlung im Römischen Rechte wirklich anerkannt, dann hätten die Quellen geradezu so distinguiren müssen: ist gewiß, daß der Testator den Eingesetzten auf die res certa beschränken wollte, dann fällt das Uebrige als Fideikommiß an die Intestaterben, im anderen Falle wird der auf das Ganze gerufene Erbe auch Alles bekommen; allein nirgends finden wir eine solche Distinktion, die Stellen entscheiden sich vielmehr so allgemein für das Letztere, wie wir es in §. 4 und 5 kennen gelernt haben. — Daß wir nun dieses Resultat in den Quellen finden, könnte uns aus zwei Rücksichten befremden; die erste ist die: wenn ein Soldat testirt, so entscheidet bekanntlich sein sola voluntas [13]), hat er nun blos über einen Theil seines Vermögens testirt, so bekommen seine Intestat=

---

[12]) Fr. 11 §. 2 D. de leg. III.

[13]) §. 5 J. de her. inst. (2, 14), fr. 1 pr. D. de test. mil. (29, 1.)

erben das Uebrige; hier beim Soldaten scheint also doch das Römische Recht anzunehmen, daß rücksichtlich des Uebrigen seine voluntas wirklich auf die Intestaterben gehe, warum nahm man nicht gleiche Interpretation der voluntas auch bei dem paganus an, der seinen Erben auf bestimmte Sachen beschränkt? ich meine die Frage natürlich nicht in dem Sinne, warum man bei dem paganus nicht ebenfalls die Intestaterben als Erben in das Uebrige kommen ließ, sondern in dem Sinne, warum man bei dem Soldaten, der doch nach seiner sola voluntas beerbt wird, annahm, daß er für das Uebrige gerade die Intestaterben gewollt habe, und nicht auch bei dem paganus? Dieses Bedenken beseitigt sich jedoch einfach durch Folgendes: daß die Intestaterben zu dem Uebrigen gerufen sind, hat überhaupt nicht seinen Grund in einer Rücksicht auf die vom Soldaten ihnen zugewendete voluntas, sondern darin, daß die Testamentserben bei dem Soldaten nur soweit gerufen sind, als derselbe wirklich testirt hat, m. a. W. darin, quia miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest [14]). Soweit der Soldat seinen testamentarischen Willen ausgedrückt hat, soweit durfte er ihn sine observatione legum ausdrücken, und soweit wird seine sola voluntas respektirt, diese bezieht sich aber auch nur auf seinen wirklich ausgedrückten Willen, soweit er ihn nicht ausgedrückt hat, hat er eben gar keine (nicht einmal eine stillschweigende) voluntas ausgesprochen, die Intestaterben bekommen daher das Uebrige nicht ex voluntate militis, sondern weil er soweit keine voluntas hinterlassen hat. Ein erheblicheres Bedenken ist aber dieß: der Satz, daß selbst ein stillschweigendes Fideikommiß nur dann gilt, wenn eine Willenserklärung des Erblassers den, zu dessen Gunsten die Anordnung sein soll, kenntlich bezeichnet hat, rechtfertigt sich zwar allerdings im Allgemeinen und für die gewöhnlichen Fälle ganz gut, wenn nämlich der ernannte Erbe in gehöriger Art, also auf

---

[14]) Fr. 6 D. de test. mil. (29, 1.)

das universum jus defuncti eingesetzt ist; gerade weil er hier schon ex voluntate testatoris gerufen ist zum Ganzen, bleibt kein Grund übrig, warum der Testator überhaupt noch an seine Intestaterben, die er ja gerade dadurch ausgeschlossen hat, gedacht haben soll; legt er nun einem solchen Erben eine Beschränkung auf, ohne daß erhellt, zu wessen Besten (z. B. heres esto Lucius Titius, contentus vero esto decem aureis), so ist es einleuchtend, daß dann nicht angenommen werden kann, er habe dieß im Interesse der Intestaterben gethan, diese haben nicht mehr Vermuthung für sich als jeder Fremde. Ganz anders dagegen verhält es sich mit der vermuthlichen voluntas testatoris in dem Falle, wenn er eine institutio ex re certa angeordnet hat, und zwar dieß zugleich in der Absicht, den heres auf die res certa zu beschränken. Der Wille des Erblassers ruft hier den heres durchaus nicht auf das Ganze, der Erblasser wollte vielmehr in der That zum Theile testiren, zum Theile nicht testiren, und soweit er nicht testirt hat, wollte er also auch unzweifelhaft, daß das übrige Vermögen den Intestaterben verbleibe. Nun muß die juristische Construktion allerdings auch diesen heres zum Ganzen rufen, allein warum hielt man nicht nebenbei (eben weil das Berufen zum Ganzen nur juristische Construktion ist) jenen unzweifelhaften Willen rücksichtlich des übrigen Vermögens in der Art aufrecht, wie es am Schlusse des fr. 69 pr. D. de leg. II geschieht, und wie es ohne Anstand geschehen wird, wenn der Testator ausdrücklich beigefügt hätte: das Uebrige sollen meine Intestaterben haben? Meiner Ansicht nach würde es keinen Anstoß erregen, wenn wir in der That von den Quellen eine solche Behandlung ausgesprochen fänden, allein dieß geschah nun einmal nicht; vielleicht liegt der Grund darin, daß man verlangte, daß das, was als Fideikommiß construirt werden soll, auch die nöthigen Erfordernisse dazu habe, zu diesen aber gehört Bezeichnung des Honorirten durch irgend eine wirkliche Willenserklärung.

In so allgemeinem Umfange, wie wir es bisher als möglich

untersucht haben, hat man denn auch in der That niemals die Behauptung aufstellen wollen, daß das übrige Vermögen als ein stillschweigendes Fideikommiß zu Gunsten der Intestaterben anzusehen sei, wohl aber für gewisse Fälle der institutio ex re certa; dieß zu widerlegen wird uns nunmehr gerade darum sehr leicht sein, weil wir die Frage bisher ganz allgemein für jede solche Einsetzung untersucht haben, bei welcher es gewiß ist, daß der Testator den Erben auf die ausdrücklich genannten Sachen beschränken wollte.

1) Zunächst hat, wie schon in §. 4 bemerkt wurde (S. 40), Detlev Langebeck, dem auch Andere folgten, auf seine Interpretation des fr. 74 D. de her. inst. (28, 5) hin die Ansicht aufgestellt, daß da, wo eine Erbeseinsetzung mit Ausschluß bestimmter Sachen angeordnet sei, überhaupt keine institutio ex re certa vorliege, sondern Einsetzung in gehöriger Art (auf das Ganze) nur mit dem Zusatze, daß gewisse Sachen ausgenommen sein sollten, welcher Zusatz dann als ein Fideikommiß dieser Sachen zum Besten der Intestaterben aufzufassen sei, was sich einfach rechtfertige theils daraus, daß bei Fideikommissen magis voluntas quam scriptura entscheide, theils dadurch, daß in fr. 86 pr. D. de leg. II (s. oben S. 66, Note 9), ein ähnlicher Fall wirklich so entschieden werde. Daß nun, selbst die Richtigkeit dieser Behandlung vorausgesetzt, die Einsetzung doch auch hier immer eine wahre institutio ex re certa bleiben wird, daß ferner diese Behandlung keineswegs in fr. 74 cit. selbst gefunden, daß sie namentlich nicht auf die Auktorität des Aquilius Gallus zurückgeführt werden kann, wurde schon oben hinlänglich dargethan; daß aber die für Fälle dieser Art behauptete Behandlung überhaupt unstatthaft ist, rechtfertigt sich aus unserer bisherigen Erörterung von selbst: wir sahen, die Zulassung auch der freiesten Ausdrucksweise bei Fideikommissen ist doch immer noch unabhängig von dem weiteren Erfordernisse, daß die Person des Honorirten aus einer Willenserklärung des Testators ersichtlich sein

muß, was in den von Langebeck vorausgesetzten Anordnungen nicht der Fall ist, wir sahen ferner, daß gerade darum die Analogie des fr. 86 pr. D. cit. nicht paßt, indem in dieser Stelle die Honorirten aus der Verfügung deutlich erhellen, es sind die übrigen vom Testator in diesem Testamente eingesetzten Erben. Außerdem aber ist bei Würdigung der Ansicht Langebeck's noch recht festzuhalten an dem oben (S. 37 ff.) begründeten Satze, daß das Römische Recht, wie dieß namentlich aus fr. 74 cit. hervorgeht, den Fall der Ausschließung von bestimmten Sachen gerade so behandelt wie den der Einsetzung auf bestimmte Sachen, was von dem Einen gilt, gilt auch von dem Andern; hätte also Langebeck Recht, so müßte die von ihm behauptete Behandlung gerade sogut für den letzteren Fall gelten, sofern nur dabei gewiß ist, daß der Testator den Eingesetzten auf die genannten Sachen beschränken wollte.

2) In den Fällen, in welchen der Testator der Einsetzung auf bestimmte Sachen das ausdrückliche Verbot beifügt, der Erbe solle schlechterdings nicht mehr als das ihm Zugewiesene bekommen, dabei aber nicht über das Uebrige verfügt, wollen manche derjenigen Juristen, welche hierin (und, wie wir oben sahen, mit Recht) nicht totale Ungültigkeit der Einsetzung finden, daneben doch in dem Verbote ein Fideikommiß zu Gunsten der Intestaterben für das Uebrige sehen; sie berufen sich dabei namentlich auf die Analogie des fr. 69 pr. D. de leg. II (s. oben S. 66, Note 8) [15]). Allein zunächst ist diese Analogie unzuläßig, da in dieser Stelle derjenige, zu dessen Gunsten der Theilerbe contentus sein soll mit bestimmten Sachen, aus der Verfügung deutlich erhellt; dann aber legt diese Ansicht wieder ein ungebührliches Gewicht auf das Verbot des Mehrbekommens; hält man daran fest, daß dieses Verbot nur eine faktische Verschieden-

---

[15]) S. Huber, prael. jur. civ. lib. 28, tit. 5, Nr. 7 und die dort Angeführten.

heit in der Ausdrucksweise begründet, d. h. daß es nichts als ein gesteigerter Ausdruck für Beschränkung auf bestimmte Sachen enthält (s. oben S. 43), so kann man, selbst wenn die Ansicht dieser Juristen überhaupt juristisch construirbar wäre, dem Verbote diese besondere Kraft nicht geben, man müßte vielmehr dasselbe Resultat geradezu für alle Fälle gelten lassen, in denen gewiß ist, daß der Erblasser den Eingesetzten auf die ihm zugewiesenen Sachen beschränken wollte. In der That aber stellt sich nach unserer obigen Erörterung ein solches Verbot selbst aus dem Standpunkte der stillschweigenden Fideikommisse nur als ein nudum praeceptum heraus, von dem man geradeso wie von einem Veräußerungsverbote, bei dem nicht ersichtlich ist, zu wessen Gunsten es gelten soll, mit fr. 114 §. 14 D. de leg. I sagen muß: „talem legem testamento non possunt (testatores) dicere".

Das Bisherige hat uns das Resultat gegeben, daß die in einer institutio ex re certa wirklich ersichtliche Beschränkung des Eingesetzten auf die res certae an sich dennoch selbst mit Hülfe der Theorie stillschweigender Fideikommisse nicht als ein Vermächtniß des übrigen Vermögens zu Gunsten der Intestaterben des Erblassers aufgefaßt werden darf, daß vielmehr der heres ex re certa institutus auch hier, wenn gleich contra voluntatem testatoris, mit Rechtsnothwendigkeit das Ganze bekommt; andererseits gibt uns aber ebenfalls schon die bisherige Erörterung das weitere wichtige Resultat, daß seit erstarkter Fideikommißtheorie, und insbesondere auf den Grund der sogenannten stillschweigenden Fideikommisse, in der That folgende für die Behandlung einer institutio ex re certa höchst einflußreiche Veränderung eingetreten ist: da, wo bei Anordnung einer institutio ex re certa zugleich wirklich noch eine sonstige Willenserklärung des Testators vorliegt, aus welcher, obwohl ohne ausdrückliche Anordnung eines Vermächtnisses, doch deutlich erhellt, zu wessen Gunsten die Beschränkung des Erben auf die ihm zugewiesenen Sachen stattfinden soll, sind die res certae nunmehr als verba fideicommissaria aufzu-

fassen mit der Wirkung, daß das übrige Vermögen (wenn ich vorerst diesen allgemeinen Ausdruck gebrauchen darf) an Denjenigen, zu dessen Gunsten der Testator den Erben beschränkt hat, als Vermächtniß fällt; dann ist es aber auch natürlich nicht nothwendig, daß der Honorirte gerade ein Intestaterbe ist, es entscheidet eben der kundgegebene Wille des Erblassers, an wen das Uebrige fideikommissarisch fallen soll. Die Fälle dieser Art sind nun noch genauer in das Auge zu fassen.

I. Zunächst geben uns die Quellen selbst einen solchen Fall; er ist enthalten und in der angegebenen Weise entschieden in einem Rescripte von Severus und Antoninus, das der Jurist Marcianus im vierten Buche seiner Institutionen referirt; von da ist die Stelle Marcian's zweimal in Justinian's Compilation aufgenommen, in die Digesten als fr. 29 des Titels ad Sctum Trebellianum, in die Institutionen als §. 3 des Titels quibus modis testamenta infirmantur, aber an letzterem Ort in etwas veränderter Fassung, weßhalb es passend erscheint, beide Stellen hier einzurücken.

§. 3. Inst. quibus mod. test. infirm. (2, 17)	fr. 29 Dig. ad Sct. Treb. (36, 1).
Sed et si quis priore testamento jure perfecto posterius aeque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse, Divi Severus et Antoninus rescripserunt; cujus Constitutionis verba inseri jussimus, quum aliud quoque praeterea in ea Constitutione expressum est : Imperatores Severus	MARCIANUS lib. 4 Inst. : Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiam si ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt, cujus Constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in hac Constitutione expressa sunt : Imperatores Se-

et Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, p r ō p t e r i n s e r t a v e r b a, q u i b u s, u t v a l e r e t p r i u s t e s t a m e n t u m, e x p r e s s u m e s t, dubitari non oportet.	verus et Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, p r o p t e r i n s e r t a f i d e i c o m m i s s a r i a v e r b a, q u i b u s u t v a l e r e t p r i u s t e s t a m e n t u m, e x p r e s s u m e s t, dubitari non oportet. E t h o c i t a i n t e l l i g e n d u m e s t, s i n o n a l i q u i d s p e c i a l i t e r c o n t r a r i u m i n s e c u n d o t e s t a m e n t o f u e r i t s c r i p t u m.

Abgesehen davon, daß die Schlußworte des fr. 29 in der Institutionenstelle fehlen, sind im Uebrigen die abweichenden Ausdrücke in beiden Stellen nicht so bedeutend, daß sie verschiedenen Sinn geben.

Beide Stellen sagen nun zunächst, daß durch Errichtung eines zweiten Testaments selbst dann, wenn darin der Erbe nur auf res certae instituirt sei (wenn es nur im Uebrigen an keinem Fehler leide), das frühere Testament rumpirt werde, und von diesem Satze geht auch das Rescript selbst aus; es ist dieß nichts als eine consequente Anwendung der Grundsätze, welche wir bis-

her über die Aufrechterhaltung der institutio ex re certa kennen gelernt haben, namentlich wird auch von den beiden Kaisern die Aufrechterhaltung dieser an sich ungehörigen Anordnung auf ganz gleiche Weise wie in fr. 1 §. 4 und fr. 74 D. de her. inst. (f. §. 4) begründet, nämlich: „perinde ac si rerum mentio facta non esset." In Folge davon ist denn auch dieser im zweiten Testamente eingesetzte Erbe gerufen auf das Ganze; allein das Rescript sagt weiter, er habe sich hier mit den ihm zugewiesenen Sachen zu begnügen, dagegen die hereditas an die in dem früheren Testamente Eingesetzten zu restituiren, und zwar dieß propter inserta verba fideicommissaria, durch welche ausgedrückt sei, das frühere Testament solle noch fortbestehen. Soweit ist Alles gewiß; allein es fragt sich, worin bestehen hier diese verba fideicommissaria?

Von jeher ist die einstimmige Ansicht die: in dem von den Kaisern entschiedenen Falle habe der Testator im zweiten Testamente bei Anordnung der institutio ex re certa noch besonders und ausdrücklich erklärt, das frühere Testament solle daneben fortbestehen, diese ausdrückliche Erklärung also enthalte die verba fideicommissaria, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est; hiernach wäre die Entscheidung der Kaiser nur eine Anwendung des in fr. 12 §. 1 D. de inj. rupt. test. (28, 3)[16]) ausgesprochenen Satzes, daß wenn bei Errichtung eines späteren Testaments der Testator ausdrücklich anordnet, sein früheres Testament solle bei Kraft bleiben, dieses zwar als Testament dennoch rumpirt, aber als Co-

---

[16]) ULPIAN lib. 4 disput.: Si paganus, qui habebat jam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est; quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. Et quum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates, et heredis institutio.

dicill aufrecht erhalten wird, und sein Inhalt als fideikommissarische Disposition gilt. In der That unterstellt Theophilus selbst eine solche vom Testator ausdrücklich gegebene Erklärung, in seiner Paraphrase der obigen Institutionenstelle bezeichnet er (nach der Reitz'schen Uebersetzung) den der kaiserlichen Entscheidung unterliegenden Fall so: quidam testamento condito, multisque scriptis heredibus, in secundo testamento alium ex certis rebus heredem instituit, addens se nihilominus velle, ut prius testamentum valeret"; sodann nach Relation der kaiserlichen Entscheidung gibt er deren Motive also an: „hujus autem rei ratio est, quod in secundo testamento haec verba scripta fuere, quibus dicebat prius testamentum ratum esse." Ganz in demselben Sinne wird denn auch von den Basiliken (lib. 35 tit. 11 l. 29) unser fr. 29 D. ad Sct. Treb. folgendermaßen (in der Heimbach'schen Ausgabe) wiedergegeben: „testamentum secundum, licet ex certis rebus heredis institutionem habeat, valet et prius rescindit. Si vero testator in secundo jusserit, prius valere (*εἰ δὲ εἶπεν ὁ διαθέμενος ἐν τῇ β'. τὴν πρώτην ἐῤῥῶσθαι*) heredes in secundo scripti heredibus in priore scriptis hereditatem restituere tenentur: retinentes res, ex quibus heredes scripti sunt, et si quid deest ad Falcidiam. Haec si nihil specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum." Und so versteht von der Glosse [17]) an bis auf die neueste Zeit die einstimmige Meinung aller Juristen [18]) die kai-

---

[17]) S. glossa Accursii ad §. 3 J. quib. mod. test. infirm. (2, 17) verb.: aliud quoque praeterea und verb.: expressum est; glossa ad fr. 29 D. ad Sct. Treb. (36, 1), verb.: inserta; ebenso heißt es in dem von Vivianus dieser Stelle beigefügten casus: — — „dixerat in secundo testamento quod volebat valere primum" sc. testamentum.

[18]) S. statt Aller: A. Faber conject. lib. 5 cap. 19 fin.; errores pragm. dec. 15 error 7, dec. 71, error 3. — Greg. Majansius ad triginta Ictorum fragm. tom. II p. 106 sq. — Höpfner, Commentar §. 518, vierte Einschränkung. — Mühlenbruch in Glück's Commentar Band XXXVIII, S. 472. — v. Vangerow Leitfaden Band II, S. 205. —

serliche Entscheidung von einem Falle, in welchem der Testator in dem späteren Testamente der Anordnung einer institutio ex re certa die ausdrückliche Erklärung beigefügt hatte, sein früheres Testament solle gültig bleiben.

Allein mit dieser bisherigen Auffassung vermag ich nicht übereinzustimmen, meiner Ansicht nach liegen in dem Fragefalle die verba fideicommissaria nicht in einer ausdrücklichen Erklärung ut valeat prius testamentum, sondern schon in der angeordneten institutio ex re certa an sich. Ich sehe die Sache so an: der Testator hatte in dem zweiten Testamente nicht noch die besondere Erklärung gegeben, sein früheres Testament solle bei Kraft bleiben, sondern er hatte weiter nichts als eine einfache institutio ex re certa angeordnet, und der Gesichtspunkt der kaiserlichen Entscheidung ist folgender: errichtet Jemand, nachdem er bereits gültig testirt hat, später ein neues Testament, setzt aber darin nur einen (oder mehrere) Erben auf res certae ein, so ist es, damit das frühere Testament als Codicill bestehen bleibe, gar nicht nöthig, daß er dasselbe in seinem zweiten Testamente ausdrücklich bestätigt, eine solche Bestätigung soll vielmehr, wenn der Testator nicht ausdrücklich im zweiten Testamente das Gegentheil oder überhaupt etwas damit Unvereinbares angeordnet hat, schon als in der Beschränkung des Erben auf res certae stillschweigend enthalten gefunden werden, eben weil in dieser Beschränkung im Zweifel eine fortwährende Rücksichtsnahme auf das frühere Testament, nämlich die voluntas testatoris zu erblicken ist, der neuerdings eingesetzte Erbe solle auch nur die res certae erhalten, das Uebrige dagegen solle nach wie vor den früheren Testamentserben zugewendet bleiben. Für diese, und zugleich gegen die bisherige Meinung sprechen folgende Gründe:

---

v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. XIX, S. 73, Note 1. — v. Buchholtz die Lehre an den Prälegaten, S. 266.

1) zunächst schon die grammatische Auffassung der Worte des Rescripts; nirgends ist darin gesagt, der Testator habe in dem vorliegenden Falle ausdrücklich erklärt, sein früheres Testament solle bei Kraft bleiben, besonders darf ein solcher Sinn nicht unterlegt werden den Worten: „propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum, expressum est"; vielmehr hätten, wäre dem Testamente jene ausdrückliche Erklärung wirklich beigefügt gewesen, die Kaiser sich gerade umgekehrt so ausdrücken müssen: „weil der Testator beigefügt hat, sein früheres Testament solle fortgelten, in welcher Erklärung verba fideicommissaria mit der Wirkung, daß das frühere Testament des Codicill bestehen bleibt, zu erkennen sind, so soll u. s. w." Dagegen meine Ansicht vorausgesetzt, haben sich die Kaiser ganz richtig ausgedrückt, und jene Worte sind hiernach einfach so wiederzugeben: „weil die Beschränkung des Eingesetzten auf res certae (in dem vorliegenden Falle) als verba fideicommissaria enthaltend aufzufassen ist, durch welche der Testator (stillschweigends) ausgedrückt hat, sein früheres Testament solle (im Uebrigen) fortbestehen." Das Wort: inserta fideicommissaria verba will ausdrücken, daß der Testator der Erbeseinsetzung res certae inserirt hat, nicht aber, daß er dem Testamente außer der institutio ex re certa noch etwas Anderes, noch eine ausdrückliche Erklärung, ut valeret prius testamentum, inserirt hat.

2) Marcian sagt ausdrücklich, er wolle das Rescript hier darum anführen: „quum alia quoque praeterea in hac Constitutione expressa sunt," weil man also, wie auch die Glosse zu der Institutionenstelle hervorhebt, sonst noch etwas Neues aus dieser Entscheidung lernen könne. Nun aber ist, wenn man der bisherigen Ansicht folgt, in der Entscheidung der Kaiser gar nichts Neues, nichts Besonderes enthalten, denn der Satz, daß die ausdrückliche Erklärung des Testators, ut priores tabulae valerent, als Fideikommiß mit der angegebenen Wirkung gelte, war gewiß schon zur Zeit der beiden Kaiser anerkannt,

und wohl durch prudentum interpretatio eingeführt, wenigstens gibt uns Ulpian denselben in fr. 12 §. 1 D. de inj. (28, 3) ganz allgemein an, ohne ihn auf eine kaiserliche Entscheidung zu gründen [wie doch sonst, z. B. bei der Wirkung eines testamentarischen Veräußerungsverbotes geschieht [19]], sodaß Marcian nicht wohl Veranlassung haben konnte, die Anwendung dieses, wenigstens zu seiner Zeit allgemein anerkannten Satzes in einem Specialfalle durch ein kaiserliches Rescript besonders hervorzuheben und aufzubewahren. Folgt man dagegen unserer Auffassung, so liegt in dem Rescripte allerdings noch etwas Neues, nämlich der Satz, daß bei Errichtung eines zweiten Testamentes unter Umständen auch eine stillschweigende Erklärung, ut valeret prius testamentum, gefunden und rechtlich wie eine ausdrückliche beachtet werden darf.

3) Damit hängt ein fernerer Rechtfertigungsgrund unserer Ansicht zusammen; es ist nämlich einleuchtend, daß der den Kaisern vorgelegte Fall, so wie wir ihn auffassen (Anordnung einer institutio ex re certa ohne ausdrückliche Bezugnahme auf das frühere Testament) in der That ganz geeignet war, im Sinne der voluntas testatoris jene Entscheidung zu veranlassen. Denn hatte der Testator in dem früheren Testamente unbeschränkt (was wir doch als das natürliche annehmen müssen) über sein Vermögen verfügt, neuerdings aber nur über res certae, so liegt eine starke Vermuthung vor (in dem speciellen Falle, den die Kaiser vor sich hatten, war es jedenfalls sogar Gewißheit), daß er die neue Verfügung nicht auf sein gesammtes Vermögen beziehen, sondern den Eingesetzten wirklich auf die res certae beschränken wollte; und muß man hiernach annehmen, daß er rücksichtlich des Objekts der neuen Verfügung sich sehr wohl seiner früheren erinnerte, so darf man ferner annehmen, daß er auch der früher eingesetzten Personen noch gedachte, d. h. er wollte dann gewiß,

---

[19]) Fr. 114 §. 14 D. de leg. I.

daß, soweit er dem Objekte nach nichts Neues angeordnet hat, die früher Eingesetzten fortwährend mit dem Uebrigen bedacht bleiben sollten. Man war also in der That berechtigt, hier verba fideicommissaria zu Gunsten der früher Eingesetzten in der Beschränkung auf die res certae zu finden, eben weil Gewißheit darüber, daß es wirkliche Beschränkung, und wer der Honorirte für das Uebrige sein solle, vorlag; auch darf man nicht sagen, daß das Römische Recht inconsequent sei, wenn es somit diese Behandlung wohl hier in unserem Falle zuläßt, aber nicht auch eine ähnliche zu Gunsten der Intestaterben in dem oben (S. 64 ff.) erörterten Falle, wenn nämlich der Testator überhaupt, d. h. ohne vorangegangene frühere Verfügung, eine institutio ex re certa mit der erweislichen Absicht, den Eingesetzten auf die res certae zu beschränken, vorgenommen hat, da doch hier die Intestaterben eben so stark die voluntas testatoris rücksichtlich des Uebrigen für sich zu haben scheinen. Allein der Unterschied ist der, daß im letzteren Falle die Intestaterben gar keine Willenserklärung des Testators für sich haben, wohl aber in dem ersteren Falle die im ersten Testamente instituirten Erben; diese früher zu ihren Gunsten gegebene Willenserklärung kann man im Fragefall nicht als vollständig aufgehoben ansehen, und es ist ja überhaupt einerlei, ob der Honorirte unmittelbar bei der zu seinem Gunsten auferlegten Beschränkung angegeben ist, oder ob er aus einer anderen, ihn betreffenden, Disposition erhellt, wenn er nur überhaupt eine Willenserklärung des Erblassers für sich hat; ja unsere fragliche kaiserliche Entscheidung ist einer der Belege dafür, daß das spätere Römische Recht nicht mehr so oft eine frühere letztwillige Verfügung wegen einer späteren als ungültig und aufgehoben ansieht, sondern, soweit es rechtlich thunlich und der voluntas defuncti entsprechend ist, sämmtliche letztwillige Anordnungen neben einander bestehen läßt, wovon noch unten mit einigen Worten geredet werden soll.

4) Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht

liegt in Folgendem: die Kaiser entscheiden den ihnen vorgelegten Fall für den heres ex re certa institutus dahin: „ut contentus rebus sibi datis — — hereditatem restituat his" etc. Nun aber sahen wir oben S. 66 Note 8), daß, schon natürlich betrachtet, eine Erbeseinsetzung auf res certa (sofern der erweisliche Wille der Beschränkung auf die res damit verbunden ist) und eine Erbeseinsetzung, die zwar gehörig (sine rei mentione) aber mit dem Zusatze geschah: contentus esto illa vel illa re in der That von gleichem Gehalte ist, d. h. einen und denselben Willen, nur in verschiedener Redeweise, ausdrückt, ja wir werden weiter unten, und besonders in dem dritten Abschnitte (wo es von entscheidender Wichtigkeit wird) beweisen können, daß das Römische Recht in der That beide Verfügungen auch juristisch auf Eine Linie stellt, d. h. in beiden Fällen ein fideicommissum hereditatis für diejenigen, zu deren Gunsten der Erbe in angegebener Art beschränkt ist, als stillschweigend ausgesprochen annimmt [20]). Diesen Beweis des rechtlichen Gleichstehens beider Anordnungen hier vorausgesetzt, war nun zur juristischen Motivirung der Entscheidung, daß der heres ex re certa institutus contentus rebus sibi datis restituat hereditatem his etc. in dem Fragefall gar nicht nöthig, daß das zweite Testament noch nebenbei die ausdrückliche Erklärung, ut valeret prius testamentum, enthielt, es genügte dazu schon die institutio ex re certa an sich [21]); es rechtfertigt sich dadurch wiederholt, daß der bloße Umstand, daß

---

[20]) Daß diese Behandlung für die Erbeseinsetzung mit dem Zusatze: contentus esto illa re gilt, ist schon aus dem S. 66, Note 8 citirten fr. 69 pr. D. de leg. II ersichtlich, womit wir uns einstweilen begnügen.

[21]) Ich gebe zu, daß dieser Umstand allein kein Beweis dafür ist, daß in dem von unserem Rescripte entschiedenen Falle wirklich keine ausdrückliche Erklärung über die Gültigkeit des früheren Testamentes vorgelegen hat (denn auch bei solcher ausdrücklichen Erklärung muß natürlich dieselbe Entscheidung gelten), jedenfalls wird aber dadurch das bewiesen, daß die bisherige Ansicht, diese Behandlung trete nur beim Vorhandensein solcher ausdrücklichen Erklärung ein, nicht richtig ist.

der Einsetzung res certae inserirt sind, in einem Falle der vorliegenden Art verba fideicommissaria mit der genannten Wirkung enthält.

5) Ganz entschieden spricht aber für unsre Ansicht der Schlußsatz in der jenes Rescript enthaltenden Pandektenstelle: „et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum", ja diese Worte erhalten nur allein durch unsere Ansicht eine befriedigende Erklärung. Bekanntlich konnte man über den Sinn dieses Schlußsatzes bisher nie recht einig werden, er blieb immer ein Anstoß, dieß aber eben nur darum, weil man von der Meinung präoccupirt war, das Rescript unterstelle einen Fall, in welchem der Testator ausdrücklich sein früheres Testament bestätigt habe. Wäre diese Voraussetzung richtig, dann gäben jene Worte, wenn sie nicht künstlich anders gedeutet werden sollen, in der That keinen besseren Sinn als den: das von dem Testator ausdrücklich Erklärte gilt nur dann, wenn er nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt hat! Dieß fühlt denn auch A. Faber[22]), indem er sagt: hat der Erblasser einmal wirklich beigefügt, das frühere Testament solle gelten, so ist es unmöglich, daß er zugleich aliquid specialiter contrarium geschrieben hat, wenn man nicht die Lächerlichkeit unterstellt, der Erblasser sei ein Thor, dem man besser die testamenti factio abspreche, als ihm gestatte, repugnantes et ineptas voluntates anzuordnen. Darum, und weil jene Worte in der Institutionenstelle fehlen, erklärt Faber dieselben für einen Tribonianismus, allein er hätte nur von jenem Vordersatze sich nicht präoccupiren lassen sollen, dann hätte der von ihm an sich ganz richtig aufgefaßte Schlußsatz vernünftigen Sinn erhalten. — Um diesem Widerspruche zu entgehen, hat man daher auch an andere Gegensätze gedacht; so sagt schon die Glosse zu unserer Stelle verb. specialiter: „id est, nisi a generali confirmatione ex-

---

[22]) Conject. lib. 5 cap. 19.

cepit aliquam rem contentam vel relictam in primo testamento: vel si quid relictum in primo ademit, et postea generaliter confirmavit primum"; sie versteht also den Zusatz von dem Falle, wenn der Testator eine oder die andere Sache von der Restitutionsverbindlichkeit ausdrücklich ausgenommen hat. In ähnlicher Weise erklärt Mühlenbruch[23]) diese Worte; er sagt, man könne wohl (auf den ersten Augenblick) versucht sein, dieselben nicht im Gegensatze der res certae, sondern im Gegensatze der Erlaubniß, die quarta Falcidia abzuziehen, deuten, allein dieß gehe wieder darum nicht, weil erst Justinian in nov. 1 c. 2 §. 2 das Verbot des Quartabzuges gestattet habe; man müsse daher den Zusatz, von wem er auch herrühre, unbedenklich so verstehen, daß in Ansehung des den früheren Erben zu restituirenden Objekts jedenfalls die besondere Bestimmung des Testators berücksichtigt werden müsse, wobei sich denn von selbst verstehe, daß Alles, was der zweite Erbe hiernach nicht zu restituiren habe, ihm verbleibe, ungeachtet er nur auf die res certae eingesetzt sei. Diese Erklärung wird ganz neuerdings auch von Fein[24]) als die richtige bezeichnet. — Allein unbefangen betrachtet ist keine dieser Erklärungen befriedigend; nicht was und wieviel der zweite Erbe an den früheren Erben restituiren soll, sondern ob er ihm überhaupt restituiren, ob überhaupt das erste Testament noch als Codicill fortbestehen solle, das soll voluntatis quaestio sein; ein Zweifel soll in Fällen der vorliegenden Art die Beschränkung des zweiten Erben auf res certae den in dem Rescript angenommenen Sinn haben, aber eben weil dieß nur eine Interpretationsregel für die voluntas testatoris ist, soll es da nicht gelten, wo der Testator in dem zweiten Testament ausdrücklich etwas dieser Annahme widersprechendes bestimmt hat.

---

[23]) In Glück's Commentar, Band XXXVIII, S. 474.

[24]) In seiner Fortsetzung von Glück's Commentar, Band XLIV, Abtheil. 1 S. 177, Note 58.

— Daß diese Schlußworte nicht Bestandtheil des Rescripts sind, leuchtet von selbst ein, in dem den Kaisern vorliegenden speciellen Falle mußten die Umstände von der Art sein, daß über die voluntas testatoris kein solcher Zweifel vorlag, auch konnte sich dieses Rescript nicht veranlaßt finden, eine allgemeine Regel aufzustellen; die Worte rühren vielmehr von Marcian her, dieser abstrahirte aus den der kaiserlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Gesichtspunkten die Rechtsregel, und zwar sehr richtig dahin, daß das Ganze nur als eine Interpretationsregel gelte. Daß ferner jener Schlußsatz in der Institutionenstelle fehlt, kann nicht in Betracht kommen; wie denn überhaupt unsere Ansicht, sofern sie nur an sich begründet ist, natürlich nicht darunter leiden kann, daß selbst Theophilus und die Basiliken sich im Sinne der bisher herrschenden Meinung ausgesprochen haben, zumal da dieselbe auf einer in der That verführerischen Präoccupation in der Auffassung des Fragefalles beruht; es mochte Theophilus, der Mitarbeiter an den Institutionen, aus dem Standpunkte seiner eigenen vorgefaßten Meinung jenen beim Abschreiben aus Marcian's Institutionen vorgefundenen Schlußsatz bedenklich gefunden und denselben gerade darum weggelassen haben, der Institutionenstelle selbst aber konnte er dadurch keine so veränderte Fassung geben, daß unsere Ansicht nicht auch auf sie, selbst ohne jenen Schlußsatz, vollkommen paßt. So ist es auch für die Bedenklichkeit des Theophilus ganz charakteristisch, daß die in der Pandektenstelle (die offenbar die verlässigere ist), enthaltenen Worte: propter inserta verba fideicommissaria, quibus etc. in den Institutionen dahin vereinfacht sind: propter inserta verba quibus etc., gewissermaßen um durch Weglassung des Wortes fideicommissaria den vermeintlichen Sinn: „wegen der von dem Testator beigefügten Worte, das frühere Testament solle fortbestehen" noch ungetrübter und anschaulicher hervorzuheben, während ungeachtet dieser Weglassung unsere Ansicht um nichts weniger auf die in den Institutionen enthaltenen Worte paßt.

Soweit die Begründung meiner Ansicht über jenes Rescript und den ihm unterlegenen Fall; sie wird noch dadurch unterstützt, daß die Entscheidung, den Fall so vorausgesetzt, wie wir es thaten, keineswegs isolirt dasteht in der Weise, wie Severus und Antoninus letztwillige Verfügungen ähnlicher Art auf den Grund der wahrscheinlichen voluntas testatoris behandelt haben; gerade diesen Kaisern wird es zugeschrieben, daß unter gewissen Umständen eine frühere letztwillige Verfügung im Zweifel dem muthmaßlichen Willen des Erblassers gemäß auch neben einer nachher von ihm getroffenen Anordnnng fortbestehen solle [25]); so entschieden diese Kaiser, daß Vermächtnisse, die ausdrücklich nur dem institutus auferlegt sind, auch für den substitutus als stillschweigend wiederholt gelten sollen [26]), dieß jedoch, wie Ulpian ganz im Sinne jener Schlußbemerkung Marcian's hervorhebt, nur in obscura voluntate, d. h. eben, es solle dieß nur eine Interpretationsregel sein; so ferner entschieden die Kaiser den Fall, wenn ein Testator einem von ihm eingesetzten Theilerben ein fideicommissum tacitum [27]) auferlegt, später aber ein neues Testament errichtet, und zwar darin abermals jene Person, aber ohne nochmalige Wiederholung des fideicommissum tacitum eingesetzt hatte, dahin: auch bei dieser zweiten Einsetzung gelte das Fidei-

---

[25]) So wird auch gerade diesen Kaisern die Behandlung gewisser dem Erben auferlegten Beschränkungen als stillschweigende Fideikommisse für diejenigen zugeschrieben, zu deren Gunsten die Beschränkung angeordnet ist: fr. 114 §. 14 D. de leg. I (das dem Erben auferlegte Veräußerungsverbot von Erbschaftssachen); fr. 92 D. de condit. (35, 1) (Auflage an den mit seinen Kindern instituirten Vater, die Kinder zu emancipiren).

[26]) Fr. 74 D. de leg. I. S. Fein in Glück's Commentar, Bd. XLIV, Abth. 1, S. 182.

[27]) Nicht zu verwechseln mit unseren sogenannten stillschweigenden Fideikommissen, es ist hier ein in fraudem legis zu Gunsten eines incapax angeordnetes Fideikommiß gemeint, welches die Römer bekanntlich fideicommissum tacitum nennen. Fr. 103 D. de leg. I, fr. 10. 11 D. de his, quae ut ind. (34, 9), fr. 3 §. 3 D. de jure fisci (49, 14). c. 1 C. de delat. (10, 11).

kommiß als stillschweigend wiederholt, si non probaretur, mutatam voluntatem esse [28]). Ganz vorzüglich gehört aber hierher die Entscheidung derselben Kaiser, daß die vor Errichtung eines Testaments errichteten Codicille auch nach Errichtung eines Testamentes im Zweifel fortgelten, sofern nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers an den Tag gelegt ist [29]).

Ist unsere bisher entwickelte Ansicht gegründet, so enthält sie zugleich eine Berichtigung der gemeinen Lehre von der Ruption eines Testamentes durch Errichtung eines späteren Testamentes. Man behauptet nämlich allgemein, daß hier das frühere Testament nur dann als Codicill fortbestehe, wenn der Testator dasselbe in dem zweiten Testamente ausdrücklich bestätigt habe, und beruft sich für diesen einen Satz ganz gleichmäßig auf fr. 12 §. 1 D. de injust. (28, 3) und auf die beiden von uns besprochenen Stellen §. 3 J. quib. mod. test. inf. (2, 17) und fr. 29 D. ad Sct. Treb. (36, 1); unsere Erörterung dagegen gibt das Resultat: das frühere Testament besteht nicht nur dann als Codicill fort, wenn eine ausdrückliche Bestätigung in dem späteren Testamente vorliegt (worauf allein das fr. 12 §. 1 D. cit. geht), sondern auch wenn es darin stillschweigend bestätigt ist, was nach §. 3 J. cit. und nach fr. 29 D. cit. dann der Fall ist, wenn der Erblasser in dem späteren Testamente den (oder die) Eingesetzten nur auf res certae instituirt, und nicht ausdrücklich etwas mit dem Fortbestehen des früheren Testamentes Unvereinbares bestimmt hat. Ja, dieß einmal zugegeben, dürfen wir, ohne uns

---

[28]) Fr. 48 pr. D. de jure fisci (49, 14), s. Fein a. a. O. S. 183 ff.

[29]) §. 1 J. de codic. (2, 25). Daß diese Ansicht, nicht aber diejenige, nach welcher das Codicill nur dann gilt, wenn eine bestätigende Erklärung des Erblassers positiv vorliegt, die richtige ist, hat ganz neuerdings überzeugend dargethan Fein a. a. O., S. 168 ff. Das systematische Element seiner Beweisführung wird gerade durch das Resultat unserer Interpretation von fr. 29 D. ad Sct. Treb. noch mehr unterstützt, wenn auch in beiden Fällen die stillschweigende Erklärung sehr verschiedener Art ist. S. die folgende Note.

eine Willkühr zu erlauben, noch weiter gehen; zunächst noch bei unserem Falle der institutio ex re certa stehen bleibend, dürfen wir sagen, die Schlußworte Marcian's in fr. 29 cit., obwohl sie die der Entscheidung des Rescripts zu Grunde liegende Rechtsregel ausdrücken wollen, sind dennoch zu enge gefaßt, es ist zur Zerstörung jener Präsumtion nicht nöthig, daß aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum, vielmehr genügt jeder Umstand, der deutlich zeigt, daß die früheren Testamentserben nichts mehr erhalten sollen, denn es kann ja z. B. sein, der Testator wollte den Erben gar nicht auf die res certae beschränken, sondern mit deren Erwähnung sein Vermögen überhaupt bezeichnen (s. oben S. 62). Während wir so die Wirkung einer im zweiten Testamente angeordneten institutio ex re certa im Verhältnisse zu dem ersten Testamente in engere Grenzen schließen, als es Marcian thut, sind wir andererseits berechtigt, über den Fall der institutio ex re certa hinauszugehen; wir müssen nämlich zugeben, daß durchaus kein Grund dafür vorliegt, die Zulässigkeit einer stillschweigenden Erklärung, ut valeret prius testamentum, auf den Fall zu beschränken, daß in dem zweiten Testamente der Erbe nur auf res certae eingesetzt ist, denn die Entscheidung der Kaiser ist ja nicht Folge einer besonderen Begünstigung der institutio ex re certa, sondern nur Folge davon, daß die hier vorliegende Beschränkung auf die Sache der gerechten Vermuthung gerechten Raum gibt, der Erblasser habe im Uebrigen das erste Testament bestehen lassen wollen, wir dürfen daher allgemein sagen: sooft aus den Umständen positiv erhellt, der Erblasser wollte das erste Testament fortwährend aufrecht erhalten wissen, hat eine solche stillschweigende Erklärung dieselbe Kraft, welche in fr. 12 §. 1 D. de injusto (28, 2) der ausdrücklichen Erklärung gegeben ist [30]). Nur das kön-

[30]) Es ist also gerade umgekehrt wie bei dem Fortbestehen älterer Codicille neben einem neuerdings errichteten Testamente, hierzu wird

nen wir zugeben, daß außer dem Falle einer institutio ex re certa es faktisch sehr wenig vorkommen wird, daß der Erblasser

---

nur der negative Anhaltspunkt der voluntas testatoris erfordert, daß keine Willensänderung vorliegt, während neben dem späteren Testamente das frühere Testament (als Codicill) nur dann gilt, wenn ein positiver Anhaltspunkt für Willensbeharrung vorliegt. Einige Worte mögen meine Ansicht hierüber andeuten. Es ist Rechtssatz, an sich wird durch ein Testament nicht nur ein früheres Testament, sondern auch ein früheres Codicill aufgehoben; es ist aber ferner Rechtssatz, daß dabei sowohl das frühere Codicill als auch das frühere Testament (als Codicill) bestätigt werden kann, und dann fortgilt. Es fragt sich nur, in welcher Art muß die Bestätigung geschehen, welche Bestätigung genügt? Bis zu Severus und Antoninus verlangte man nun für die Fortdauer sowohl früherer Codicille als auch früherer Testamente einen positiven Anhaltspunkt der Willensbeharrung, und zwar für das frühere Testament die ausdrückliche Erklärung, ut valeret testamentum, dagegen für frühere Codicille genügte, wenn sie in dem neuen Testamente in einem Codicille oder quocunque indicio, immer aber positiv, bestätigt waren. Papin. fr. 5 D. de eod. (29, 7.) — Severus und Antoninus halten für frühere Testamente an der alten Ansicht im Allgemeinen fest, d. h. auch sie fordern hier einen positiven Anhaltspunkt der Willensbeharrung, finden diesen aber nicht nothwendig in einer ausdrücklichen Erklärung (ut valeret prius testamentum fr. 12 §. 1 D. de injusto), sondern lassen auch eine stillschweigende Erklärung zu, wenn solche Punkte vorliegen, welche einen positiven Anhaltspunkt für Willensbeharrung wenigstens nach Wahrscheinlichkeitsregeln (mit Zulassung des Gegenbeweises) geben (fr. 29 D. ad Sct. Treb.); stillschweigende Willenserklärung und dennoch zugleich positiver Anhaltspunkt für Willensbeharrung sind also hier keine Widersprüche. Anders bei früheren Codicillen, hier weichen die Kaiser von der bisherigen Theorie darin ab, daß sie überhaupt keinen positiven Anhaltspunkt für Willensbeharrung mehr fordern, sondern den negativen Anhaltspunkt nicht ersichtlicher Willensänderung für genügend erklären (§. 1 J. de codic.); dadurch aber haben sie den von Papinian geforderten Satz: Bestätigung ist nothwendig, nicht aufgehoben (denn es ist Rechtssatz, an sich gehen selbst frühere Codicille durch ein nach ihm errichtetes Testament unter, sie können also nur durch Bestätigung erhalten werden), die Kaiser sagen vielmehr nur, auch eine stillschweigende Bestätigung durch Abwesenheit einer ersichtlichen Willensänderung genügt; es ist also zu beachten, daß hier der negative Anhaltspunkt einer nicht ersichtlichen Willensänderung juristisch ebenfalls als Bestätigung, nämlich als stillschweigende, dasteht, und darum möchte ich nicht sagen, Papinian's Meinung sei die consequentere, eine ist so consequent wie die andere, d. h. beide setzen die Nothwendigkeit einer Bestätigung voraus, die Kaiser machen dabei nur zugleich einen Fortschritt

den zweiten Erben zu Gunsten der früheren Erben beschränken, also stillschweigend erklären will, sein früheres Testament solle noch gelten; allein ganz unmöglich ist es nicht, man denke nur an den Fall, wenn der Erblasser den zweiten Erben z. B. ex semisse instituirt, was ja keine institutio ex re certa ist.

II. Durch das Bisherige haben wir zwei Fälle kennen ge-

---

in möglichster Berücksichtigung der voluntas testatoris.. — Worin aber liegt der Grund der sonach vorhandenen Verschiedenheit in der Behandlung früherer Testamente und früherer Codicille? Meiner Ansicht nach in folgendem: dem früheren Testamente tritt ein neues schon an sich widersprechend entgegen, es wird neuerdings über denselben Gegenstand (Berufung zur Repräsentation) verfügt, es geht Erbeseinsetzung geradezu gegen Erbeseinsetzung; sowie darum das frühere Testament, selbst wo es fortbestehen soll, nur als Codicill fortgelten kann, so hat der Wille, daß es fortdauern soll, die Vermuthung gegen sich, darum wird hier (auch nach jenen Kaisern) ein positiver Anhaltspunkt der Willensbeharrung erfordert; erkennbar darf aber derselbe sowohl aus ausdrücklicher als aus stillschweigender Erklärung sein. Dagegen ein Codicill hat mit Anordnung der Repräsentation nichts zu thun, wird also durch ein späteres Testament insofern nicht direkt afficirt, als Codicillar-Dispositionen ganz gut neben jeder direkten Beerbung herlaufen könnten; dieß erkennen jene Kaiser dadurch an, daß ihnen hier der negative Anhaltspunkt einer nicht ersichtlichen Willensänderung genügt. Und was ist der Grundgedanke des Ganzen? gewiß kein anderer als der: hat ein Erblasser mehrere letztwillige Verfügungen hinterlassen, so sind sie sämmtlich neben einander aufrecht zu erhalten, soweit dieß ex voluntate defuncti geschehen soll, und soweit es ex ratione juris geschehen kann. — Ist das Bisherige gegründet, so darf man die Entscheidung der Kaiser in §. 1 J. de codic. nicht auf Intestat-Codicille beschränken, sie gilt vielmehr auch für frühere testamentarische (bestätigte wie nicht bestätigte) Codicille, sollte auch das frühere Testament (weil nicht positiv bestätigt) gänzlich verdrängt sein durch das neue; nur dürfen es keine Verfügungen sein, die nur in einem bestätigten Codicille möglich sind, denn diese bedurften gerade wie das frühere Testament selbst einen positiven Anhaltspunkt der Bestätigung, dagegen Fideikommisse (von diesen redet §. 1 J. de codic. in der That allein), und seit Justinian Vermächtnisse überhaupt, bleiben auch in früheren testamentarischen Codicillen bestehen, wenn keine Willensänderung ersichtlich ist. Daß die testamentarischen Codicille vires capiunt ex testamento, steht nicht entgegen, es bedeutet nur, daß sie ungültig werden, wenn sich die testamentarische Erbfolge aus Gründen, die von der voluntas testatoris unabhängig sind, nicht realisirt, z. B. fr. 3 §. 2 D. de jure cod. (29, 7), c. 1 C. de cod. (6, 36.)

lernt, in welchen, auf den Grund der Fideikommißtheorie die in einer institutio ex re certa ersichtliche Beschränkung des Eingesetzten auf die res certae aufrecht erhalten wird, nämlich wenn er in einem späteren Testamente eingesetzt, und dabei entweder das frühere Testament ausdrücklich bestätigt ist, oder ohne solche ausdrückliche Bestätigung die Beschränkung auf die res certae (was im Zweifel die Vermuthung für sich hat) ersichtlich ist. Beide Fälle stehen als hierher gehörig fest, selbst wenn unsere Interpretation über den dem Rescripte von Severus und Antoninus zu Grunde liegenden Fall nicht die richtige wäre; denn ist sie richtig, so ist der letztere jener Fälle in dem Rescripte direkt enthalten und entschieden, der erstere jener Fälle muß aber noch um so mehr derselben Entscheidung unterliegen; wäre sie dagegen nicht richtig, so wäre jener erstere Fall in dem Rescripte enthalten und direkt entschieden, allein das Rescript hätte uns dann zugleich wenigstens die Lehre gegeben (s. oben S. 82 Nummer 4, insbes. Not. 21), daß auch jener letztere Fall einer gleichen Entscheidung fähig sei. Es lassen sich aber auch noch andere Fälle denken; wäre z. B. in einem späteren Testamente der Erbe instituirt excepto fundo vel excepto usufructu, so würden die ausgenommenen Sachen auch hier als Fideikommiß zu Gunsten der früheren Testamentserben zu behandeln sein; wäre in einem Intestat-Codicille eine hereditas fideicommissaria angeordnet, später aber ein Testament errichtet, und darin der Erbe auf res certae oder mit Ausschluß von res certae instituirt, so würde das Uebrige, beziehungsweise das Ausgenommene, jenen Fideikommißerben im Zweifel verbleiben; ebenso wäre es, wenn in einem Intestat-Codicille Jemanden eine einzelne Sache als Fideikommiß zugewendet, in dem neuerdings errichteten Testamente aber der Erbe eingesetzt ist mit Ausschluß gerade dieser Sachen; der einfachste Fall wird indessen immer der sein, daß der Testator in dem die institutio ex re certa enthaltenden Testamente ausdrücklich angegeben hat, zu wessen Gun-

sten er den Instituirten auf die res certae beschränkt wissen will, z. B. in ähnlicher Art, wie es am Schlusse des fr. 69 pr. D. de leg. II. bei dem ex asse instituirten heres vorliegt, der mit bestimmter Summe zufrieden sein soll für die Erbschaft, die, wenn kein Testament errichtet wäre, an den Bruder des Erblassers jure legitimo fallen würde. Und so hat es denn auch keinen Anstand, daß der Testator bei Anordnung einer institutio ex re certa sagen kann, im Uebrigen sollten seine Intestaterben kommen, oder im Uebrigen wolle er, daß Intestaterbfolge eintrete, es wird dadurch natürlich nicht herbeigeführt, daß der Erblasser pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, sondern die Verfügung wird behandelt als ein Fideikommiß zu Gunsten der Intestaterben. Nachdem wir die Gesichtspunkte und Voraussetzungen angegeben haben, unter welchen die Aufrechthaltung der Beschränkung des Erben auf die res certa eintreten kann, ist es überhaupt leicht, sich die hiernach möglichen Fälle noch weiter zu vervielfältigen; auch sehen wir, diese Behandlung ist nichts der institutio ex re certa Eigenthümliches, sondern Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß eine der Honorirung beigefügte Beschränkung als Fideikommiß behandelt wird zu Gunsten desjenigen, in Rücksicht dessen sie der Testator angeordnet hat. Und so ist es bei unserer institutio ex re certa gerade so wie da, wo der Testator den Erben ad diem oder unter einer Resolutivbedingung eingesetzt hat; diese an sich unzulässige Zeitbeschränkung wird gerade wie jene Sachbeschränkung aufgefaßt, sie wird detrahirt, wenn nicht ersichtlich ist, zu wessen Vortheile sie gelten soll, und nirgends finden wir in den Quellen, daß dann angenommen wird, sie sei zu Gunsten der Intestaterben des Testators beigefügt; ist dagegen aus des Testators Willenserklärung ersichtlich, zu wessen Vortheil die Zeitbeschränkung gelten soll, dann wird sie als ein Fideikommiß, und zwar als fideikommissarische Substitution aufgefaßt[31]).

---

[31]) Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. XL S. 192. S. 243—245. S. 252—258. S. 379—382. Bd. XLI S. 267, Note 99.

§. 7.

Fortsetzung.

Dagegen haben wir nunmehr genauer zu untersuchen, wie sich in den Fällen, welche nach dem Bisherigen zur Einschränkung des Erben auf die res certae wirklich geeignet sind, das Verhältniß juristisch gestaltet: welche rechtliche Stellung nimmt hier einerseits der heres ex re certa institutus, und welche nimmt andererseits derjenige ein, zu dessen Gunsten der Erbe auf die res certae beschränkt ist?

In dieser Beziehung sind nun die zwei möglichen Fälle der institutio ex re certa, welche wir bisher im Uebrigen immer auf eine Linie stellen mußten, genau von einander zu trennen, es ist nämlich hier ein großer Unterschied, ob die Anordnung geradezu als Einsetzung auf res certae, oder aber ob sie als Einsetzung mit Ausschluß von res certae ausgesprochen worden ist.

I. In dem letztern Falle, (also wenn z. B. neben der in fr. 74 D. de hered. inst. erwähnten Erbeseinsetzung „excepto fundo, excepto usufructu heres esto" zugleich ein Dritter, zu dessen Gunsten die Beschränkung gelten soll, erhellt,) ist die Ausschliessung von den res certae zu behandeln als ein Singular-Fideikommiß, auferlegt dem heres ex re certa institutus zum Vortheile dieses Dritten, gerade wie in fr. 86 pr. D. de leg. II die von dem Erbtheile des coheres ausgenommenen Sachen als stillschweigende Singular-Fideikommisse zu Gunsten der Miterben aufzufassen sind [1]). Uebersteigt nun die res certa ein Viertheil des reinen Betrags der Erbschaft, so ist der Erbe berechtigt, von diesem stillschweigenden Vermächtnisse die quarta Falcidia abzu-

---

[1]) Nur daß im letzteren Falle, eben weil die Honorirten die Miterben sind, das Vermächtniß zugleich als Präfideikommiß gilt, und zwar als eigentliches Vorvermächtniß, denn die ausgenommenen Sachen fallen den Miterben in der That e communi zu. v. Buchholtz, Prälegate, S. 269 f.

ziehen. Eben weil das Objekt, die res certae, wie umfangsreich sie auch sein mögen, bewirkt, daß hier nur ein stillschweigendes Singular-Fideikommiß vorliegt, folgt weiter von selbst, daß der heres hier nicht zur Antretung gezwungen werden kann [2]), daß ferner das Vermächtniß nur dann sich realisirt, wenn nach Abzug der Schulden noch Aktivvermögen in der Erbschaft vorhanden ist, und daß selbst nach der Restitution des Vermächtnisses der Erbe heres ex re certa institutus nicht nur dem Namen nach Erbe bleibt, sondern auch praktisch fortwährend in jeder Beziehung als Erbe behandelt wird, daß Forderungen und Schulden nur allein ihn angehen, und daß er das, was ihm nach Abzug der res eertae bleibt, nicht blos ex hereditate, sondern auch wirklich jure hereditario inne hat.

II. Ganz anders verhält sich alles dieses, wenn die institutio direkt als Einsetzung auf eine res certa angeordnet ist (wenn also z. B. neben der in fr. 1 §. 4 D. de her. inst. erwähnten Einsetzung: „heres esto ex fundo" zugleich ein Dritter, zu dessen Gunsten die Beschränkung gelten soll, ersichtlich ist); hier sind in der Beschränkung auf die res certa zwei stillschweigende Fideikommisse zugleich zu erblicken, einmal ein fideicommissum hereditatis zu Gunsten dieses Dritten, und dann ein auf der hereditas zu Gunsten des Erben ruhendes Singular-Vermächtniß, dessen Gegenstand die res certa ist; das Verhältniß gestaltet sich hier so, wie in den Fällen, wenn dem an sich gehörig eingesetzten Erben auferlegt ist: restituas hereditatem contentus certa re [3]), oder wenn ihm schlechthin (ohne ausdrückliche Erwähnung dieser Restitution) gesagt ist: contentus sis certa re [4]), oder endlich wenn ihm auferlegt ist: restituas hereditatem accepta,

---

[2]) Fr. 16 §. 2 D. ad Sct. Treb. (36, 1), fr. 16 §. 6 D. eod. verb. et quamvis placeat.

[3]) Z. B. c. 11 Cod. ad l. falc. (6, 50.) Ueber diese und die folgenden Fälle s. von Buchholtz, Prälegate, S. 255—268. Ausführlicher noch werden wir im dritten Abschnitte auf diese Fälle zu sprechen kommen.

[4]) Z. B. fr. 69 D. de leg. II.

deducta, praecepta, retenta certa re [5]). Dieß erhellt einfach daraus, daß in dem oben erörterten §. 3 J. quib. mod. test. inf. und fr. 29 D. ad Sct. Treb. das Rescript von Severus und Antoninus entscheidet: „sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis —— hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant", daß ferner die Auffassung des „contentus esto" in fr. 69 pr. D. de leg. II dahin angegeben wird: „retinente vel praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus", und daß endlich in den hiermit also gemeinten Fällen retenta, praecepta etc. certa re restituas hereditatem die res certa als ein stillschweigendes auf der hereditas ruhendes Fideikommiß gilt.

Freilich gerade die Gestaltung des Falles, wenn dem Erben aufgegeben ist, die Erbschaft zu restituiren accepta, deducta, praecepta, retenta certa re vel summa fassen viele Juristen in ganz anderer Art auf; bekanntlich nämlich ist diese certa res vel summa in die quarta (hier die sog. quarta Trebellianica) einzurechnen, um nun dieß außer allen Widerspruch zu bringen mit der (auch von uns gebilligten) Ansicht, daß in die Trebellianica, die nichts als die auf das fideicommissum hereditatis angewendete reine quarta Falcidia sei, in der That auch nichts anders als in die Falcidia eingerechnet werde, also nur das, was dem Erben titulo heredis zufällt, hat man behauptet, der Fiduciar müsse das von ihm Zurückbehaltene darum in die Quart imputiren, weil er dasselbe nicht blos ex hereditate, sondern wirklich jure hereditario inne habe, dasselbe also kein Vermächtniß sei. So argumentirt dieser Ansicht folgend namentlich von Vangerow [6]) folgendermaßen: setze man, Titius sei zum heres ex asse eingesetzt, und ihm auferlegt, die ganze Erbschaft, jedoch mit Vorbehalt eines

---

[5]) J. B. §. 9 J. de fid. her. (2, 23), die 4 Worte accepta, deducta, praecepta, retenta werden abwechselnd gebraucht, und sind hier gleichbedeutend. v. Buchholz a. a. O. S. 258, Note 69.

[6]) Leitfaden für Pand.-Vorl. Bd. II. S. 490.

Hauses, an den Gajus zu restituiren, so sei doch offenbar Titius, da er Erbe auf das Ganze sei, auch Erbe auf das Haus, und es sei nicht wohl einzusehen, wie dadurch, daß er nun „das Uebrige" wieder herausgeben soll, sich der Titel, auf welchen er das Haus inne habe, verändern solle, er bleibe also Erbe auf das Haus; das freilich sei (wie wir auch unten sehen werden) wahr, daß in solchen Fällen sämmtliche Erbschaftslasten, Schulden sowohl als Vermächtnisse, der Regel nach auf den Fideikommissar übergingen, und insofern könne §. 9 J. de fid. her. (2, 23) in den Worten: „et res, quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita" den Fiduciar immerhin mit einem Vermächtnißnehmer vergleichen, aber wie wenig daraus gefolgert werden könne, gehe schon aus dem Verhältnisse eines heres ex re certa hervor, sofern derselbe neben anderweit instituirten Miterben vorkomme, der nämlich in diesem Falle (s. unten den dritten Abschnitt) nach von Vangerow's Ansicht [7]) ebenfalls als Erbe auf die res certa gelten soll.

Diese Auffassung läßt sich in keiner Weise rechtfertigen; vor allem und hauptsächlich ist es juristisch nicht richtig, wenn man sagt, der Erbe habe hier „das Uebrige" zu restituiren, der Gegenstand der Restitution ist vielmehr die hereditas; sowie diese überhaupt (§. 1) ein von materiellen Bestandtheilen unabhängiges Begriffsganzes ist, so ist sie dieß auch als Objekt des hier doch anerkannt vorliegenden fideicommissum hereditatis, sie leidet kein Plus, kein Minus, keinen Abzug von Bestandtheilen, dieß sagen uns auch die Quellen gerade in Beziehung auf die Frage, wann ein fideicommissum hereditatis, mit seinen Folgen, vorhanden sei, und wann nicht, es wird in fr. 16 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36, 1) geradezu einander entgegengesetzt id quod superest ex hereditate und ipsa hereditas, und dabei heißt es

---

[7]) Von Vangerow's Leitfaden, Bd. II. S. 156 ff.

ausdrücklich: nec enim posse ex jure (von einem Rechtsbegriffe) deduci quantitatem, womit also jene Ansicht ganz unvereinbar ist *); Das „Uebrige" könnte nichts anderes bedeuten, als den Complex der nach Abzug der res praecipienda übrigen Bestandtheile der Erbschaft, also einen Complex von res singulae, das Objekt eines Singular-Fideikommisses; wie es aber dann auch nur überhaupt möglich wäre, daß actiones hereditariae übergehen auf denjenigen, der dieses Uebrige erhalten soll, ist nicht zu begreifen, sowenig wie der Umstand, daß der Erbe hier zur Antretung gezwungen werden kann. Ist nun hiernach in dem vorliegenden Falle die hereditas zu restituiren, so ist in der Restitution (die bekanntlich durch blos wörtliche Erklärung geschieht) auch die res certa selbst begriffen, dieß ist juristisch gar nicht anders möglich, eben weil der Rechtsbegriff sämmtliche Vermögensbestandtheile nach sich zieht; hiermit hat denn für den Fiduciar der bisherige Erbentitel auch auf die res certa aufgehört, diese ist mit dem juris nomen der hereditas auf den Fidei-

*) Es scheint darum zweckmäßig, diese Stelle hier einzurücken; schon in dem vorhergehenden §. 2 des fr. 16 cit. wird die Regel dahin aufgestellt: Et generaliter autem potest dici, ita demum quem non posse cogi adire, et restituere hereditatem, si de re, vel quantitate fuerit rogatus; ceterum si de universitate sensisse testarorem appareat, nulla quaestio est, quin, sive suspectam dicat, cogi posse, sive sponte adiit, ex Trebelliano transeant actiones. Sodann wird davon folgende Anwendung gemacht in §. 3: Inde quaeritur, si quis hereditatem rogatus sit restituere deducto aere alieno, vel deductis legatis, an suspectam dicens cogi possit adire, et restituere hereditatem, quia vi ipsa magis id, quod superest ex hereditate, quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus. Et sunt, qui putent, ut Maecianus, inutilem hanc deductionem; nec enim posse ex jure deduci quantitatem, non magis, quam si fundum quis deducto aere alieno, vel deductis legatis restituere sit rogatus, neque enim recipit fundus aeris alieni, vel legati minutionem. Sed Julianum existimare refert, Trebelliano Senatusconsulto locum esse, et ne dupliciter fideicommissarius oneretur, et quum heres aes alienum vel legatum deducit, et quum convenitur a creditoribus vel legatariis, restituta sibi ex Trebelliano hereditate debere aut deductionem eum non pati ab herede, aut cavere illi heredem, defensum iri eum adversus legatarios ceterosque.

kommissar jure hereditario übergegangen. Daß nun der Fiduciar dieselbe dennoch behalten soll, dieß gestaltet sich juristisch einfach in folgender Art: die res certa wird so behandelt, als ruhe ein sie betreffendes Singular-Vermächtniß zu Gunsten des Fiduciars auf der Erbschaft, durch Realisirung dieses Vermächtnisses bekommt dieser also zum zweitenmale die res certa, und zwar jetzt titulo singulari; dieses Vermächtniß hätte nun eigentlich der Fideikommissar selbst (denn auf ihn ist die Erbschaft übergegangen) dem Fiduciar zurück zu restituiren, allein die Restitution wird kurzweg realisirt durch Retention, d. h. der Fiduciar, nachdem er die Verbalrestitution des juris nomen der hereditas vorgenommen hat, nimmt nun von der Baarrestitution der res hereditariae die res certa aus, und behält sie, aber eben nur titulo singulari, es ist nicht bewirkt, daß er nur das Uebrige jure hereditario restituirt, die res certa aber jure hereditario behalten hat. So erklärt es sich, daß in §. 9 J. de fid. her. gesagt wird, sie bleibe bei ihm zurück quasi ex legato ei acquisita, das quasi bezeichnet, daß die Verfügung des Erblassers hinsichtlich der res certa nicht formell und ausdrücklich als Vermächtniß angeordnet ist, sondern nur juristisch als Vermächtniß behandelt wird. Hiernach also ist ganz wohl zu begreifen, wie es kommen kann, daß der Fiduciar die Sache auf einen anderen Titel behält als der ist, auf welchen sie ihm durch die hereditas ursprünglich zugewendet war, es erklärt sich daraus, daß (s. oben Seite 6) zwischen dem Titel des Gerufenseins und dem des Bekommens, Zurückbekommens, Behaltens rechtlich ein großer Unterschied sein kann, und dieser ist in der That hier. Dagegen wäre andererseits, wenn der Fiduciar, wie v. Vangerow sagt, die Sache fortwährend jure hereditario inne hätte, das ganz unbegreiflich, daß dennoch alle Erbschaftslasten auf den Fideikommissar übergehen, gerade der Umstand, daß der Fiduciar gar keinen Antheil mehr an den actiones hereditariae hat, ist der beste, gar nicht anders zu deutende, Beweis dafür, daß er die

Sache nicht als Erbe inne hat. Die von v. Vangerow gemachte Hinweisung auf den heres ex re certa, sofern derselbe neben anderweit instituirten Miterben vorkommt, müssen wir vorerst hier unberücksichtigt lassen, gerade das ist erst zu beweisen, daß dieser hier wirklich Erbe auf die res certa sei, aber selbst wenn sich dieß so verhielte, so wäre es doch nur Singularität; eine Singularität aber darf zur Erklärung anderer Verhältnisse nicht benutzt werden. — Die Erklärung darüber, wie es nun kommt, daß der Fiduciar die Sache, welche er titulo singulari inne hat, dennoch in die quarta Trebelliana einzurechnen hat, kann erst unten, wenn gewisse andere Punkte erörtert sind, gegeben werden; uns galt es hier zunächst nur um Widerlegung jener Ansicht, daß der Erbe, welcher accepta, deducta, praecepta, retenta certa re vel summa hereditatem restituere jussus est, nur „das Uebrige" zu restituiren habe, dagegen die res certa fortwährend jure hereditario behalte; wäre diese Ansicht gegründet, so müßte auch in den uns vorliegenden Fällen der institutio ex re certa (da dieselben mit jenen Fällen auf gleicher Linie stehen) das Resultat entstehen, daß unser Erbe, zuerst von dem Erblasser instituirt als heres ex re certa, dann detracta rei mentione juristisch behandelt als heres ex asse, hinterher nach der Restitution dennoch ein wahrer heres ex re certa auch der rechtlichen Auffassung nach sein würde.

Nachdem wir durch das Bisherige den richtigen Gesichtspunkt für die Behandlung des vorliegenden Falles der institutio ex re certa aufgestellt und gerechtfertigt haben, ist die weitere Gestaltung desselben im Einzelnen von selbst gegeben, es entscheiden hier ganz die Grundsätze, welche da gelten, wo der gehörig eingesetzte Erbe die Erbschaft deducta, praecepta re zu restituiren hat. Hiernach versteht es sich zunächst von selbst, daß auch unser heres ex re certa gezwungen werden kann zur Antretung und zur Restitution der Erbschaft an den Dritten, zu dessen Gunsten hier ein fideicommissum hereditatis angenommen wird, dieß selbst

dann, wenn die Erbschaft eine überschuldete ist, indem in solchem Falle bekanntlich zwar ein Singular-Vermächtniß, nicht aber auch ein Universal-Vermächtniß nullius momenti wird. Die Folge der erzwungenen Antretung besteht auch hier darin, daß der Gezwungene keinen Vortheil aus der Erbschaft behält, also insbesondere seinen Anspruch auf die res certa verliert [9]). Wie sich dagegen das Verhältniß nach der freiwilligen Antretung und Restitution der Erbschaft gestaltet, hängt von Folgendem ab:

A. Es kann sein, der Erbe restituirt totam hereditatem, ohne daß der Abzug der Quart zur Sprache kommt. Hier tritt alles oben Gesagte vollständig in Wirksamkeit; die Restitution geschieht ex Scto Trebelliano, der Fideikommissar ist nun heredis loco, und zwar auf das Ganze, d. h. die actiones hereditariae gehen in solidum [10]) auf ihn über, sollten auch die res certae an Werth der quarta pars hereditatis gleichkommen, oder dieselbe gar übersteigen, eben weil res certae unabhängig von dem (hier in solidum restituirten) juris nomen der hereditas sind, und darum der Fall sich ganz anders gestaltet, als da, wo der Erbe quartam partem hereditatis zu restituiren hat und restituirt [11]). Andererseits hört der heres ex re certa institutus nun restituta hereditate zwar nicht auf, Erbe zu sein, wohl aber wird er praktisch nicht mehr als Erbe behandelt, er hat keinen Antheil mehr an den actiones hereditariae, es bleibt ihm nichts als das inane nomen heredis; dagegen wird ihm nunmehr die res certa als quasi ex legato ei acquisita zu Theil, und zwar realisirt sich dieß dadurch, daß er dieselbe bei der Baarrestitution der Erbschaftsbestandtheile zurückbehält. — Indessen verdienen zwei in dem Gesagten enthaltene Punkte noch eine besondere Hervorhebung.

---

[9]) fr. 27 §. 14 D. ad Sct. Treb. (36, 1.)

[10]) §. 9 J. de fid. her. (2, 23), fr. 30 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36, 1.)

[11]) s. die Stellen der vorigen Note.

1) Daß nämlich in dem soeben betrachteten Falle, wenn also der Erbe totam hereditatem restituirt, die Restitution ex Scto Trebelliano geschieht, bedarf für das Justinianeische Recht keiner Erwähnung [12]), wir müssen aber behaupten, ganz dasselbe fand auch schon in dem Rechte vor Justinian statt. Zwar galt zufolge des, gerade erst durch Justinian beseitigten, Sctum Pegasianum der Grundsatz, daß nur dann ex Trebelliano restituirt werde, wenn der Erbe drei Viertheile oder eine noch kleinere Quote der Erbschaft zu restituiren hatte, dagegen „si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus erat Pegasiano Senatusconsulto", selbst wenn er nicht die Quart abzog, sondern freiwillig das Ganze restituirte; der Fideikommissar wurde bloßer successor singularis, und rücksichtlich der Forderungen und Schulden wurden hier stipulationes ad exemplum emtae venditae hereditatis nöthig [13]). Allein in einer Reihe von Stellen aus der Zeit vor Justinian aber nach dem Sctum Pegasianum finden wir den Satz theils ausgesprochen, theils vorausgesetzt, daß da wo dem Erben auferlegt ist, die ganze Erbschaft herauszugeben, sei es, daß er sich dabei bestimmte Sachen zurückbehalten soll oder nicht, und er freiwillig wirklich das Ganze restituirt, die Restitution ex Scto Trebelliano geschehe [14]). An eine Interpolation dieser Stellen ist nicht zu denken, wir müssen vielmehr als gewiß annehmen, daß in der That schon vor Justinian dieser Satz, und somit eine Aenderung an den Bestimmungen des Sct. Pegasianum bestand, wenn auch Justinian's Institutionen dieselbe bei Erzählung der Gestaltung, welche

---

[12]) §. 7 J. de fid. her. (2, 23.)

[13]) Gaj. II §. 256. 257. — §. 6 J. de fid. her. (2, 23.)

[14]) fr. 93 fin. D. ad l. Falc. (35, 2.) (Papinian.) — fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. (36, 1) (Ulpian.) — fr. 30 §. 3 D. eod. (Marcian.) — fr. 45 D. eod. (Modestin.) — fr. 63 §. 3 D. eod. (Gajus.) — fr. 20 D. quae in fraud. cred. (42, 8) (Callistratus.) — Auch §. 9 J. de fid. her. (2, 23) rührt gewiß nicht erst von Justinian her.

dem Universal-Fideikommisse restituta hereditate nach und nach zu Theil geworden ist, nicht erwähnt haben. Meine Ansicht über diese Neuerung ist folgende: Wenn der Erblasser nicht ausdrücklich angeordnet hat, der Erbe solle retenta parte quarta die Erbschaft, beziehungsweise seine Erbportion restituiren, sondern demselben schlechthin die Restitution der Erbschaft oder seiner Portion aufgegeben hat, so ist darin immer der Wunsch des Erblassers zu sehen, der Erbe möge von seinem Rechte, die Quart abzuziehen, keinen Gebrauch machen, er möge so honett sein, die ganze Erbschaft, die ganze Portion, unverkürzt zu restituiren, ja selbst das Zurückbehalten bestimmter Sachen, das er ihm etwa gestattet hat, zu unterlassen [15]. Kam nun der Erbe getreulich diesem stillschweigenden Wunsche des Erblassers nach, so hätte er der Strenge nach ex Pegasiano restituiren müssen, und jene stipulationes zwischen ihm und dem Fideikommissar wären nöthig geworden; diese aber waren in vielen Fällen eine gefahrvolle Klippe, noch Justinian sagt, sie hätten den alten Juristen mißfallen, und seien besonders von Papinian als äußerst verfänglich bezeichnet worden [16]. Sollte nun der Erbe um seiner

---

[15]) Daher fällt es nicht unter das Schenkungsverbot bei Ehegatten, wenn der Mann, der seiner Frau die Erbschaft retenta, praecepta certa quantitate restituiren soll, die Restitution ohne diesen Abzug vornimmt, nec immerito saepe credimus aliquid testatorem voluisse, et tamen non rogasse. Fr. 5 §. 15 D. de donat. inter vir. et un. (24, 1.) Daher ferner heißt es in fr. 20 D. quae in fraud. (42, 8): debitorem, qui ex Scto. Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere. Eine andere Anwendung gibt Paul. Sent. rec. IV. 3 §. 4: qui totam hereditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, si non retineat, repetere eam non potest, nec enim indebitum solvisse videtur, qui plenam fidem defuncto praestare voluit.

[16]) §. 7 J. de fid. her. (2, 23) stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas esse homo excelsi ingenii Papinianus appellat. Ebenso in const. Tanta §. 6.

Treue willen solchen Gefahren ausgesetzt sein? Einen juristischen Ausweg hätte es wohl gegeben: der Fiduciar durfte nur die Antretung weigern, und sich zu derselben zwingen lassen, die Restitution wäre hier, wie dieß das Sct. Pegasianum eingeführt hat, ex Trebelliano geschehen. Aber war es der fiducia gemäß, die Treue, wenn auch nur zum Scheine, in das Gewand des Ungehorsams zu kleiden? Diese Betrachtungen mochten meiner Ansicht nach die Veranlassung jenes Satzes gewesen sein, die Berechtigung zu seiner Einführung fand man wohl darin, daß derselbe, wenn auch nicht den Worten, doch dem Geiste des Sctum Pegasianum entsprechend schien; dieses Senatusconsult wollte doch offenbar das Sct. Trebellianum nur zu Gunsten des Fiduciars für den Fall, daß derselbe die Quart nicht frei hatte, aufheben, es faßte nur seine Worte zu eng, gewissermaßen von der Voraussetzung ausgehend, der Erbe würde auch jedesmal von seinem Rechte des Quartabzuges Gebrauch machen. Und so findet sich, gesetzt man dürfe an der Reinheit der dasselbe sagenden Pandektenstellen zweifeln, in Pauli sent. rec. IV, 3 §. 2 geradezu der Satz:

> totam hereditatem restituere rogatus, si quartam retinere nolit, magis est (obwohl gegen das Gesetz), ut eam ex Trebelliano debeat restituere, tunc enim omnes actiones in fideicommissarium dantur [17]).

Ganz beruhigt über diese immerhin etwas kühne Neuerung scheinen indessen doch nicht alle römischen Juristen gewesen zu sein, noch Modestinus, obwohl er dieselbe als in der Praxis geltend anerkennt, gibt doch den Rath, der Erbe thue, um mit

---

[17]) Vom Standpunkte dieser Neuerung aus scheint auch Ulpian Fragm. XXV §. 14 die Art und Weise der Restitution der fideicommissaria hereditas dargestellt zu haben, er unterscheidet nur die zwei Fälle: falcidia locum non habente — ex Trebelliano restituitur hereditas, und: lege falcidia interveniente — ex Pegasiano Scto restituit.

dem Gesetze in Einklang zu bleiben, besser, er lasse sich zur Antretung zwingen, und restituire dann ex ipso Trebelliano [18]).

2) Es war oben gesagt, der heres erhalte die res certa als Vermächtniß; es fragt sich, ob dieses nur als ein simples Vermächtniß, oder aber ob es als Prälegat, genauer gesagt, als stillschweigendes Präfideikommiß anzusehen ist? Alles kommt darauf an, wie man den Begriff eines Vorvermächtnisses faßt. Ich verstehe darunter dasjenige Vermächtniß, welches einem Erben e media hereditate zugewendet ist; wegen des natürlichen Satzes: „heredi a semet ipso inutiliter legatur" ist nun ein Vorvermächtniß nur dann und soweit rechtlich möglich, als die Erbschaft oder eine Quote derselben an einen Andern als den mit dem Vermächtnisse honorirten Erben jure hereditario (sei es unmittelbar oder mittelbar) fällt, also: a) wenn der Honorirte ein Theilerbe ist, hier bleibt das ihm e media hereditate zugewendete Vermächtniß nur zu den Theilen gültig, welche er von den Miterben zu erhalten hat, es sei denn, daß er zugleich seine portio hereditatis an Andere (Miterben oder Nichterben) zu restituiren hat; denn da ihm hier auch seine eigene ursprüngliche Erbportion durch die Restitution fremd geworden ist, so realisirt sich zu seinen Gunsten auch der auf dieser Portion haftende Theil des Prälegates [19]); b) wenn der Universalerbe mit einem Vermächtnisse e media hereditate honorirt ist, zugleich aber die Erbschaft oder eine Quote derselben zu restituiren hat; da, wo er die ganze Erbschaft restituirt, realisirt sich das ganze Prälegat, eben weil ihm die Erb-

---

[18]) fr. 45 D. ad Sct. Treb. (36, 1): qui totam hereditatem restituere rogatus quartam retinere non vult, fidumque obsequium defuncti precibus praebere desiderat, sua sponte adire debebit hereditatem, quasi ex Trebelliano eam restituturus. Suaserim tamen, suspectam potius dicat hereditatem, coactusque a Praetore restituat; hoc enim casu ex ipso Trebelliano restituere videtur, expositoque hereditario metu universas actiones in eum transferri, qui recepit hereditatem.

[19]) Diesen Satz werden wir im dritten Abschnitte näher besprechen.

schaft gänzlich fremd geworden, und der Fideikommissar loco heredis ex asse ist; restituirt er nur eine Quote, so bleibt das Prälegat zu der Rate gültig, zu welcher die Erbschaft an den Fideikommissar, welcher nun coheredis loco geworden, restituirt ist, zu der anderen Rate behält der Fiduciar das prälegirte Objekt jure hereditario. Die endliche Gestaltung aller dieser Fälle kann freilich unter Umständen das Resultat herbeiführen, daß das Prälegat sich überhaupt nicht als Vermächtniß realisirt (wenn und soweit der damit honorirte Erbe die ganze Erbschaft bekommt und behält, z. B. die Miterben oder der Fideikommissar schlagen aus), dagegen überall da, wo es sich als Vermächtniß realisirt, bleibt es auch (vorausgesetzt, daß der Honorirte überhaupt Erbe geworden ist) Prälegat, wird nicht zum simplen Vermächtnisse, dieß selbst dann, wenn der Universalerbe dem Willen des Erblassers gemäß die ganze Erbschaft restituirt hat, also praktisch nicht mehr als Erbe gilt, und sich keinen Theil des Prälegats aus eigener Erbportion zu zahlen hat, vielmehr das Ganze von dem Fideikommissar (auf dem Wege der Retention) bekommt, denn in den Fällen, in welchen der Universalerbe die ganze Erbschaft mit Zurückbehaltung bestimmter Sachen restituiren soll, wird das Zurückzubehaltende ausdrücklich praelegatum genannt [20]); forderl man nun aber zum Begriffe des Prälegates, daß der Prälegatar bei der endlichen Gestaltung des Verhältnisses Theilerbe bleibe, so wäre hier, wie da, wo der Theilerbe seine portio hereditaria zu restituiren hat, der von den Quellen gebrauchte Name praelegatum nicht gerechtfertigt, da sich das Zurückzubehaltende in gar keinem Fall als ein dem angegebenen Begriffserfordernisse entsprechendes Prälegat gestalten kann; denn entweder restituirt der Erbe wirklich die ganze Erbschaft, beziehungsweise seinen Erbtheil, oder er zieht die Quart ab; im ersteren Falle gehen die actiones in solidum auf den Fideikommissar über, der Erbe wird

[20]) s. fr. 3 §. 3 D. de usuris (22, 1), fr. 125 D. de leg. I.

praktisch gar nicht mehr als Erbe behandelt, im letzteren Falle dagegen geschah vor Justinian (und aus dieser Zeit rühren doch die Stellen her, welche das Zurückzubehaltende als Prälegat bezeichnen) die Restitution ex Pegasiano, also wurde der Fideikommissar loco legatarii, der Erbe aber wurde fortwährend auch praktisch ganz als Erbe behandelt, und das Prälegat realisirte sich überhaupt nicht als Vermächtniß. — Ist nun aber, wie wir glauben, ein Prälegat da vorhanden, wo der Erbe nach Anordnung des Testators die Erbschaft mit Zurückbehaltung bestimmter Sachen restituirt, so ist auch in dem Falle, wenn die Verfügung nicht also ausdrücklich angeordnet, sondern nur zu dieser Gestaltung juristisch construirt wird, das Zurückbehaltene als Prälegat zu behandeln, also namentlich in unserem Falle der institutio ex re certa, man kann daher recht wohl sagen, der heres erhalte die res certa hier vice praeceptionis [21]).

---

[21]) Indessen ist anzuerkennen, daß es zu keinen praktischen Verschiedenheiten führt, ob wir in dem vorliegenden Falle ein Prälegat oder aber ein simples Vermächtniß annehmen, wir wollen darum auch nicht mit von Buchholtz streiten, wenn er, — ausgehend von dem Satze, die Realisirung eines Prälegates erfordere, daß dessen Erwerber ein direkter und bleibender Theilerbe sei, — in dem Falle, wenn der Universalerbe die Erbschaft mit Zurückbehaltung bestimmter Sachen restituirt, rücksichtlich dieser Sachen ein simples Vermächtniß, nicht aber ein Prälegat annimmt. (v. Buchholtz, Prälegate S. 134, S. 255, Note 61.) Dagegen können wir keineswegs seiner weiteren Ansicht (S. 110—114) beipflichten, daß in dem genannten Falle erst nach neuerem Rechte (da nunmehr der Erbe restituta hereditate aufhöre Erbe zu sein) ein simples Vermächtniß vorliege, dagegen ein Prälegat (in dem v. Buchholtz'schen Sinne) für die ältere Zeit, indem damals der Erbe auch nach der Restitution Erbe auf die zurückbehaltenen Sachen, also gewissermaßen Theilerbe geblieben sei. Diese Ansicht widerlegt sich schon durch das oben gegen die Argumentation von v. Vangerow Ausgeführte (s. oben S. 96 ff.) — Uebrigens ist es einleuchtend, daß dem Universalerben, welchem Restitution der ganzen Erbschaft auferlegt ist, überhaupt Vermächtnisse erst seit der Zeit zugewendet werden konnten, als der Satz anerkannt war, die Restitution der tota hereditas geschehe ex Trebelliano (s. oben S. 101 ff.), solange diese Restitution ex Pegasiano geschah, würde sich jene Zuwendung überhaupt nicht als Vermächtniß realisirt ha-

Kehren wir nach diesen Zwischenerörterungen zu unserem Falle zurück, und fragen nunmehr:

B. Wie gestaltet es sich, wenn der heres ex re certa bei Restitution der Erbschaft die quarta (Trebelliana) abziehen will. Daß derselbe

1) nach dem Rechte der Compilation in der That zu diesem Abzuge befugt ist, dieß aber nur so weit als ihm die Quart nicht bereits durch die res certa gedeckt ist, indem er sich dieselbe in die Quart einrechnen lassen muß, dieß folgt nicht nur daraus, daß dieselben Grundsätze gelten in dem Falle, wenn ein Erbe die Erbschaft restituiren soll contentus certa re vel summa [22]), oder wenn er sie restituiren soll deducta, praecepta, etc. certa re vel summa [23]), sondern es wird uns geradezu für einen der hier vorliegenden Fälle unserer institutio ex re certa ausgesprochen in dem oben erörterten, in §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und fr. 29 D. ad Sct. Treb. enthaltenen Rescripte von Severus und Antoninus mit den Worten:

> ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat etc.

Oben haben wir nun gesehen, daß in allen Fällen, in welchen der Erbe die Erbschaft mit Zurückbehaltung einer certa res vel summa restituiren soll, diese res als ein auf der Erbschaft zu Gunsten des Fiduciars ruhendes Vermächtniß behandelt wird, während derselbe nicht das Uebrige, sondern totam hereditatem restituirt; wie aber erklärt sich, daß die zurückbehaltenen Sachen in die Trebellianische Quart, die doch nichts als die auf Universal-Vermächtnisse angewendete quarta Falcidia ist [24]), eingerechnet

---

den, der Erbe würde die Objekte jure hereditario behalten haben, weil ihm die hereditas blieb.

[22]) Z. B. c. 11 C. ad leg. Falc. (6. 50.)

[23]) Fr. 91. 93 D. eod., fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1) §. 9 J. de fid. her. (2. 23.)

[24]) Dieß nämlich erkennen auch wir vollkommen an. S. darüber z. B.

werden müssen? Die Erklärung ist in der That sehr einfach. Eingerechnet im eigentlichen Sinne dieses Wortes wird in die Quart des Fiduciars die certa res vel summa allerdings nicht, eben weil sich dieselbe als Vermächtniß herausstellt, wahrhaft imputirt aber nur dasjenige wird, was der auf die Falcidia Provocirende jure heredis behält, nicht auch dasjenige, was er von Anderen jure legati erhält[25]). Allein man darf nicht übersehen, daß in dem vorliegenden Falle der Fiduciar das Vermächtniß der res certa gerade von Demjenigen erhält, welchem er die Quart abziehen will; der Erbe restituirt die hereditas als Universal-Vermächtniß, und erhält eben von dem Universal-Fideikommissar aus der restituirten Erbschaft die res certa als Singular-Vermächtniß zurück, und so bringen es die anerkannten Grundsätze über Compensation gegenseitiger Vermächtnisse[26]) ganz von selbst mit sich, daß er die res nicht supra quartam hat. — Nun besteht zwar allerdings dem Rechte nach ein großer Unterschied zwischen jenem eigentlichen Imputiren und diesem Compensiren, namentlich insoferne, als ersteres allen denjenigen gegenüber, welche von dem Erben eine der Falcidia unterworfene Prästation verlangen, zur Anwendung kommt, während sich letzteres als rein persönliche Berechnung zwischen dem Erben und Demjenigen, von welchem dieser wiederum ein Vermächtniß zu empfangen hat, darstellt[26a]). Indessen bleibt der Unterschied dann ohne praktische Wichtigkeit, wenn der Erbe, wie in den vorliegenden Fällen, totam hereditatem, und zwar ex Sct. Treb. restituirt, mithin nur der

---

v. Vangerow, Leitfaden, Band II, S. 494, Nummer 1; v. Buchholtz, Prälegate S. 501 ff.

[25]) fr. 91 initio D. ad leg. Falc. (35. 2.)

[26]) fr. 22 pr. fr. 94 D. ad leg. Falc. (35. 2.)

[26a]) S. darüber, und überhaupt über den Unterschied zwischen Imputation und Compensation v. Buchholtz, Prälegate Seite 456, Note 58 ff.

einen Person des Universal-Fideikommissars gegenüber auf die Falcidia provocirt, indem er nur mit diesem, nicht auch mit den etwaigen sonstigen Vermächtnißnehmern zu thun hat. Dieserhalb verschlägt denn hier auch die Ausdrucksweise — ob man nämlich sagt, der Fiduciar habe sich die res in die Quart zu imputiren, oder aber, er habe sich die res bei dem Abzuge der Quart compensando aufzurechnen — in der That selbst sachlich nichts, und so erklärt es sich, daß die Quellen für die Fälle, da der heres ex asse die Erbschaft, der heres partiarius seine Erbportion accepta, deducta u. s. w. certa re vel summa zu restituiren hat, sagen: er percipire das Objekt jure Falcidiae[27]), er retinire dasselbe quartae ratione[27a]), es satisfacire dasselbe der Falcidia[27b]), ja wenn geradezu gesagt wird, dasselbe werde in die Quart imputirt[28]).

---

[27]) fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1.)

[27a]) c. 24 C. fam. erc. (3. 36.) Gerade so muß ja der Fiduciar, wenn er Theilerbe ist, sich die Compensation nöthigenfalls auch noch weiter mit denjenigen Theilen der res praecipienda gefallen lassen, welche er aus den partes der Miterben, an welche er seine Portion restituirt, jure legati zu erhalten hat, wie denn auch c. 24 cit. beides neben einander nennt: „hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit.“ Daß das Rescript in ersterer Beziehung den Ausdruck retinere, und nur in letzterer Beziehung den Ausdruck compensare gebraucht, erklärt sich einfach daraus, daß der Fiduciar jenen Theil des Prälegats schon im Besitze hat, diese Theile aber zum erstenmale von den coheredes erhalten soll.

[27b]) fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2.)

[28]) fr. 91 D. ad leg. Falc. (35. 2.) — Nicht nur die angeführten Gesetze sagen, daß der Erbe, welcher die Erbschaft, resp. seine Erbportion deducta, praecepta, retenta, accepta re restituirt, die res auf die Quart erhalte, es heißt auch in andern Stellen ausdrücklich, der Testator habe in dieser Absicht die res dem Erben zugewendet (z. B. fr. 90 D. ad leg. Falc. (35. 2), c. 11 C. eod. (6. 50); dieß führt uns auf die Frage nach dem praktischen Zwecke dieser Anordnung. Wir erblicken in derselben das Bestreben, die Unbequemlichkeiten, welche aus der Restitution einer Erbschaft in verschiedener Rücksicht entstehen, möglichst zu beseitigen, ohne den Erben in seinem Rechte auf die Quart zu verletzen. Hätte der Erblasser dem Erben geradezu auferlegt, totam hereditatem

Zieht sich nun der heres ex re certa die Quart ab, d. h. legt er der res certa noch so viel aus der Erbschaft zu, daß er quartam partem bonorum defuncti hat, so kann

---

zu restituiren, ohne ihm die Quart frei zu lassen, so würde sich der Erbe die Quart abgezogen haben, und bei der nunmehr ex Scto Pegas. erfolgten Restitution wären die mißlichen stipulationes (hier partis et pro parte wie bei der Realisirung eines legatum partitionis) nöthig geworden; hätte der Erblasser dem Erben aufgegeben, die Erbschaft retenta parte quarta zu restituiren, so wäre zwar die Quart gedeckt und das Pegasianum mit seinen stipulationes beseitigt gewesen, allein eine andere Unannehmlichkeit hätte sich gezeigt, das scindere actiones zwischen Fiduciar und Fideikommissar. Wenn nun der Erblasser die Restitution der Erbschaft accepta, deducta etc. certa re anordnete, so wäre freilich wiederum der Mißstand der stipulationes (hier ad exemplum emtae venditae hereditatis) hervorgetreten, wenn in diesem Falle ex Pegasiano restituirt worden wäre, allein seit Aufkommen jenes oben (S. 101 ff.) bewiesenen Satzes, daß, wenn ex voluntate testatoris die ganze Erbschaft herausgegeben wird, die Restitution ex Trebelliano geschieht, war diese Anordnung (die wohl eben darauf hin erst gangbar wurde und sich in den Quellen immer nur bei solchen Fällen erwähnt findet, in welchen der Universalerbe totam hereditatem, der Theilerbe seine ganze portio hereditaria restituiren soll) ein willkommenes Mittel, mit Vermeidung aller stipulationes und des scindere actiones den Erben wegen der Quart zufrieden zu stellen, und zugleich die actiones hereditariae in solidum auf den Fideikommissar zu übertragen; letzteren Vortheil gibt die Anordnung auch noch im Justin. Rechte, denn seitdem restituirt der die Quart Abziehende zwar ex Treb., allein die actiones werden zwischen ihm und dem Fideikommissar getheilt.

Dieselben Gesichtspunkte der voluntas testatoris führen aber auch noch auf etwas Anderes. Es kann sein, der Testator hat nicht angeordnet, der Fiduciar solle die Erbschaft restituiren mit Zurückbehaltung gewisser Sachen (welchen Sinn bekanntlich nach einem Rescripte von Hadrian auch die Worte: restituas accepta pecunia haben, wenn dabei nicht ausdrücklich die Person des Gebers bezeichnet ist. Fr. 93 D. ad leg. Falc., fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb.), sondern er hat bestimmt, der Fiduciar solle die Erbschaft restituiren gegen Empfang einer Sache von dem Fideikommissar, z. B. acceptis a Maevio centum, hereditatem Maevio restituas. Fr. 93 D. ad leg. Falc., f. auch fr. 30 §. 7 D. eod. und fr. 63 §. 5 D. ad Sct. Treb. (als Gegenstand erwähnen die Quellen hier immer nur Geld), auch dieß ist in die Quart einzurechnen, gewissermaßen als ein ex voluntate testatoris versilbertes Stück Erbtheil. Hätte nun etwa der Testator

a) nach strengem Rechte dieß keine andere Wirkung haben, als diejenige ist, welche für die Art und Weise sowie für die Folge der Restitution der Erbschaft im Falle des Quartabzuges überhaupt gilt, was sich bekanntlich anders nach dem älteren als nach dem Justinianeischen Rechte gestaltete. Nach dem Rechte vor Justinian wurde hier ex Scto Pegasiano restituirt, mit der Wirkung, daß der heres auch praktisch fortwährend Erbe auf das Ganze blieb, die actiones hereditariae also bei ihm verblieben, der Fideikommissar bloßer successor singularis wurde, ähnlich dem legatarius partiarius, daher zwischen ihm und dem

---

dem Fideikommissar ausdrücklich ein Fideikommiß auferlegt zu Gunsten des Fiduciars, so müßte es als unter der stillschweigenden Bedingung hinterlassen angesehen werden, daß es sich der Erbe in die Quart einrechne, thut er es nicht, so verliert er den Anspruch auf das Fideikommiß, und insofern kann man sagen, er müsse es sich einrechnen, d. h. er bekommt es nicht noch neben der Quart; hätte endlich der Testator den Empfang bestimmter Sachen sub figura conditionis angeordnet, so konnte anfangs eine mehr formelle Auffassung sich dahin entscheiden, daß ein solches conditionis implendae causa datum nicht in die Quart einzurechnen sei (Marcianus in fr. 30 §. 7 D. ad leg. Falc., was aber, beiläufig gesagt, gerade beweist, daß das Römische Recht wirklich nichts anderes in die sog. quarta Trebell. einrechnen will, als das, was auch in die Falcidia einzurechnen ist), eine tiefere Einsicht in die voluntas testatoris mußte aber hier so entscheiden: ist die Bedingung nicht ausdrücklich auf etwas anderes und besonderes gestellt, so ist sie nicht in dem allgemeinen Sinne zu verstehen, der Fiduciar solle es erhalten, wenn er überhaupt restituirt, sondern: wenn er ohne Abzug der Quart, also wenn er voll restituirt; und von diesem Gesichtspunkte aus ist auch ein conditionis implendae causa datum einzurechnen, d. h. man verliert es, wenn man sich dennoch die Quart abzieht. Ist das bisher Angedeutete gegründet, so verliert das bekannte fr. 91 D. ad leg. Falc. alle Schwierigkeit, und Satz für Satz in ihm ist richtig, besonders kann ich die Worte: „sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur" für kein unächtes Glossem halten, wohl aber möchte mich der sonst nicht gebräuchliche Ausdruck: impl. cond. causa fideicommissum auf die Vermuthung führen, daß diese Worte durch Mißverständniß aus vielleicht folgender handschriftlichen Abkürzung entstanden seien: sed et quod implendae conditionis caus. a fideicommiss. heredi datur, also wohl eigentlich lauteten impl. cond. causa a fideicommissario heredi datur.

Erben ähnliche stipulationes partis et pro parte de lucro et damno communicando interponirt wurden, wie zwischen dem heres und dem legatarius partiarius [29]). Damals also restituirte der Erbe wirklich nur „das Uebrige", oder, wie Ulpian [30]) für das hier anwendbare legatum partitionis sagt, universarum rerum summam, d. h. drei Viertheile der materiellen Bestandtheile der Erbschaft, nicht drei Viertheile der hereditas, aber gerade darum gingen Forderungen und Schulden überhaupt nicht über, sondern blieben mit der hereditas bei dem Erben, gerade darum ferner behielt damals der Erbe die res certa (die hier gar nicht mit zu dem Restitutionsobjekt gehörte) fortwährend nicht blos ex hereditate, sondern zugleich jure hereditario, der Anspruch auf dieselbe realisirte sich hier überhaupt nicht als Vermächtniß. — Seit Justinian [31]) dagegen wird auch hier ex Sclo Trebelliano restituirt, der Fideikommissar wird zu drei Viertheilen Erbe (heredis loco), der Fiduciar bleibt auch in der praktischen Behandlung zu einem Viertheil Erbe, nach diesen Raten gelten beide als coheredes, nach diesen Raten sind die actiones hereditariae zwischen ihnen getheilt. Dieß hat denn auch Einfluß auf die Art, in welcher sich das rechtliche Verhältniß des heres zu der res certa gestaltet; es ist hier (was für die bisherigen Fälle nicht gilt) ein Unterschied, ob die res certa in einer Summe Geldes oder in etwas Anderem, in einem bestimmten Erbschaftsobjekte, besteht; in letzterem Falle bringt es jenes Miterbenverhältniß zwischen Fiduciar und Fideikommissar mit sich, daß die res certa, weil sie in media hereditate liegt, als Präfideikommiß behandelt wird, in ersterem Falle dagegen retinirt der Fiduciar das Geld ausschließlich von seiner eigenen, ihm blei-

---

[29]) Gaj. II, §. 257. — Ulp. XXV, §. 15. — §. 6 J. de fid. her. (2, 23.)

[30]) Ulp. Fragm. XXIV, §. 25.

[31]) §. 7 J. de fid. her. (2, 23.)

bende Erbportion [32]), das Geld realisirt sich also hier weder als Vorvermächtniß noch überhaupt als Vermächtniß [33]), es ist versilberte Erbportion des Fiduciars.

b) So nach strengem Rechte; indessen bestand schon unter der Herrschaft des Sct. Pegasianum eine mildere und zugleich praktisch bequemere Auffassung der Art, in welcher sich die Vervollständigung der Quart hier bewerkstelligen ließ. In fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. (36, 1) referirt Ulpian eine ganz eigenthümliche Entscheidung Julian's [34]); der Erbe war gebeten worden, die Erbschaft praecepto fundo zu restituiren, der fundus war verpfändet; Ulpian sagt, die Restitution geschehe ex Sclo Trebelliano (was nichts als Anwendung der oben S. 101—103 von uns erörterten Neuerung des Juristenrechts bezüglich der Bestimmungen des Sct. Pegasianum ist), der Erbe aber könne von dem Fideikommissar Caution verlangen für den Fall, daß der Pfandgläubiger den fundus evincire; Julian dagegen meine, diese

[32]) Fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb.; v. Buchholtz, Prälegate S. 258 ff.

[33]) Ich kann daher nicht beistimmen, wenn v. Buchholtz a. a. O. S. 262, Note 83, sagt, die Regel a semetipso legatum dari non potest leide hier eine, und zwar, wie es scheine, durch keine Nothwendigkeit gebotene Ausnahme, indem dieser Fall der accepta pecunia auch als eine ad implendam conditionem data mortis causa capio hätte angesehen werden können. — Uebrigens werde ich auf das Obige im dritten Abschnitte genauer zurückkommen, da wir es hier zunächst blos mit einer vorübergehenden Anwendung der Sätze zu thun haben, welche da eintreten, wo schon nach der Anordnung des Testators der Fiduciar ein bloßer Miterbe ist.

[34]) Si heres praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano Senatusconsulto restituet hereditatem, nec multum facit, si fundus pignori datus est; neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est. Sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Julianus autem cavendum non putat, sed aestimandum, quanti valet sine hac cautione, hoc est, quanti vendere potest sine cautione; et si potest tanti vendere non interposita cautione, quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones, si minoris, retento eo, quod deest, similiter ex Trebelliano restitutionem fieri; quae sententia multas quaestiones dirimit.

Caution sei unnöthig, es solle vielmehr der fundus geschätzt werden, wie viel er ohne solche Caution, also mit der darauf haftenden Schuld werth sei, gewähre er nach dieser Schätzung vollständig die Quart, dann sei ex Trebelliano zu restituiren, sei aber die Quart nicht erschöpft, dann solle der Erbe das noch Fehlende ebenfalls zurückbehalten, die Restitution aber sei dabei similiter ex Trebelliano vorzunehmen, quae sententia, sagt Ulpian, multas quaestiones dirimit. Während Viele [35]) das Auffallende, daß hiernach schon im vorjustinianeischen Rechte der Fiduciar, obwohl er die Quart abziehe, nicht ex Scto Pegasiano, sondern ex Trebelliano restituire, dadurch beseitigen wollen, daß sie die Worte similiter ex Trebelliano für einen Tribonianismus erklären, der an die Stelle der wohl ursprünglichen Worte „ex Pegasiano" getreten sei, während ferner Andere [36]) die Entscheidung Julian's als etwas besonderes auf den vorliegenden Fall beschränken wollen, stellt van der Pfordten [37]) die Ansicht auf, aus dieser Entscheidung erhelle ein allgemeiner, auf einer benigna interpretatio beruhender, Gesichtspunkt, der dahin gehe: wenn dem Fiduciar aufgegeben sei, die Erbschaft zu restituiren mit Zurückbehaltung gewisser Sachen, diese aber die Quart nicht erschöpften, so dürfe das Fehlende ergänzt und dennoch ex Scto Trebelliano restituirt werden, dieß darum, weil anzunehmen sei, der Testator habe die res certa dem Erben in der Absicht zugewendet, um ihn wegen der Quart zufrieden zu stellen, und nur aus Irrthum eine Sache von zu geringem Werthe ausgesetzt. Dieser Ansicht stimme ich vollständig bei, sie wird noch bestärkt durch den oben S. 109, Note 28, von mir hervorgehobenen, praktischen Zweck, welcher besonders vor, zum Theile aber auch noch unter Justinian der ganzen Verfügung „restituas hereditatem accepta,

---

[35]) S. z. B. Pothier, Pandectae XXXVI 1, Num. LXI.

[36]) Roßhirt, Vermächtnisse, Band I, S. 194, 195.

[37]) Van der Pfordten, diss. de praelegatis p. 94.

deducta etc. certa re vel summa" zu Grunde lag. Einen Tribonianismus dürften wir höchstens dann annehmen, wenn jede andere Erklärung fehlen sollte, und zu einer Beschränkung der Entscheidung Julian's auf den vorliegenden Fall bietet sich uns in demselben durchaus keine, gerade diese Entscheidung rechtfertigende Besonderheit dar, wenn man auch ganz davon absehen will, daß selbst bei der allergrößten Besonderheit wohl kein Römischer Jurist gewagt hätte, neben wirklichem Abzug der Quart zugleich die Restitution ex Trebelliano zu gestatten. Bedenkt man dagegen, wie mißliebig den Römischen Juristen die bei Anwendung des Sct. Pegasianum nöthig werdenden gegenseitigen Stipulationen waren, wie aus diesem Grunde, aber mit möglichster Schonung der Absicht dieses Senatusconsults, die Anwendbarkeit des Trebellianum da gestattet wurde, wo ex voluntate testatoris die ganze Erbschaft zu restituiren war, wie eben darauf hin weiter die Anordnung, der Erbe solle sich bei Restitution der Erbschaft bestimmte Sachen zurückbehalten, aufkam, und wie dieselbe ganz ihrem Zwecke gemäß (Vermeidung des Quartabzugs und seiner Folgen) behandelt wurde, so ist es sehr erklärlich, in welcher Verlegenheit man sich befand, wenn zufällig die von dem Erblasser bezeichnete certa res dem Werthe der Quart nicht entsprach, und nun alle jene durch prudentum interpretatio eingeführten Wege umsonst waren; hier war denn jene sententia Juliani nicht nur ganz geeignet, die multas quaestiones zu lösen, sie war auch eine völlig berechtigte, sie besteht nicht darin, daß neben der Restitution ex Trebelliano die quarta Falcidia abgezogen werden darf, sondern daß der Erbe das ihm zugewendete Vermächtniß in dem Werthe zurückbehält, in welchem es der Testator, obwohl irrig berechnet, doch wirklich gemeint hat. Die sententia Juliani gilt also nicht ausschließlich für den von Ulpian angegebenen speciellen Fall, sie gilt überall da, wo der Erbe die Erbschaft mit Zurückbehalten bestimmter Sachen restituiren soll. Allein läßt sie sich auch anwenden auf die uns hier vorliegenden Fälle

der institutio ex re certa? Ich glaube, diese Frage bejahen zu müssen; wir sahen, daß diese Einsetzung, wenn ersichtlich ist, zu wessen Gunsten der heres auf die Sache beschränkt sein soll, im Allgemeinen ganz dieselbe juristische Behandlung erhält, wie jene Anordnung, und es ist kein Grund vorhanden, warum dieß nicht auch in der fraglichen Beziehung der Fall sein soll, besonders wenn man bedenkt, wie viele mißliebige quaestiones dadurch auch hier vermieden werden. Ueberdieß scheint auf diese Gleichstellung nicht undeutlich hinzuweisen jene Entscheidung von Severus und Antoninus in den Worten ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his etc., es ist nicht nothwendig das „ex lege Falcidia" von einem förmlichen Provociren auf die lex Falcidia zu verstehen, es kann auch den allgemeineren Sinn haben, der Erbe solle sich soviel zulegen, als er durch die lex Falcidia haben würde, zugleich aber den Rechtsbegriff der hereditas (also ex Trebelliano) restituiren; es wären dann jene Worte nichts als eine Anwendung jener sententia Juliani. — Nur allein da, wo der Testator zugleich ausdrücklich verboten hat, daß der Erbe mehr als die res certa bekommen solle, würde ein wirkliches Provociren auf den Quartabzug, und somit auch das Eintreten der Wirkungen des Quartabzugs nöthig geworden sein.

2) Alles Bisherige war indessen nur vom Standpunkte des in der Compilation enthaltenen Rechts aus gesagt, und beruhte darauf, daß damals der Erbe in der Regel ein Recht auf die Quart hatte, welches ihm von dem Testator weder direkt noch indirekt entzogen werden konnte [38]). Nun verwandelt aber Justinian die lex Falcidia aus einem Prohibitivgesetze in ein Permissivgesetz, indem er in Nov. 1 cap. 2 §. 2 dem Erblasser die Befugniß gibt, den Erben von der Quart auszuschließen. Es

---

[38]) S. z. B. für den Fall, wenn der Erbe mit gewissen Sachen contentus sein soll, fr. 27 D. ad leg. Falc. (35, 2.)

fragt sich daher, welchen Einfluß hat dieß auf die bisher dargestellte Gestaltung unserer institutio ex re certa? Alles kommt hier darauf an, wie man Justinian's Worte [39]) versteht. Bekanntlich verlangt die gemeine Meinung die ausdrückliche Erklärung des Erblassers, daß er den Abzug der Quart verbiete. Marezoll [40]) dagegen hält es für genügend, wenn aus den klaren und deutlichen Worten des Testirers erhellt, daß er nicht über den Bestand seines disponiblen Vermögens irrt, sondern unzweideutig die Absicht hat, daß der Erbe nicht bloß drei Viertheile herausgeben solle, während v. Vangerow [41]) die Mittelmeinung hat, es müsse aus der Disposition mit Sicherheit hervorgehen, daß der Testator mit Absicht und Bewußtsein der lex Falcidia habe derogiren wollen, daß er also namentlich der gesetzlichen Möglichkeit des Abzugs der Quart sich bewußt gewesen sei, aber die bestimmte Absicht gehabt habe, denselben auszuschließen. Obwohl es nun in Justinian's Verordnungen nicht an Beispielen fehlt, daß zum Eintritte gewisser rechtlichen Wirkungen eine ausdrückliche auf sie gerichtete Erklärung gefordert wird [42]), muß ich doch im Ganzen der Ansicht von Marezoll beistimmen; für sie spricht nämlich theils der von ihm hervorgehobene Zusammenhang des Vordersatzes haec vero — designationis mit dem eigentlich dispositiven Nachsatze, denn es läßt sich nicht sagen, der Erblasser habe sich überall da geirrt, wo er jenes Verbot nicht ausdrücklich beigefügt hat, sein Irrthum ist vielmehr nur dann

---

[39]) Nachdem er dem Erben, der ein gehöriges Inventar errichtet, den Abzug der Quart zugesichert hat, sagt er: haec autem dicimus, ubi errans testator de sua substantia hoc egit, aut forte, cum debuisset etiam ampliorem quantitatem heredi relinquere, pro minore disposuit; etenim etiam hoc errantis sententia est, et non purae et integrae designationis. Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est, testatoris valere sententiam.

[40]) In v. Löhr's Magazin, Bd. IV, S. 355 ff.

[41]) Leitfaden, Bd. II, S. 504.

[42]) Z. B. c. 8. C. de novat. et deleg. (8, 42.) Nov. 4. c. 1. Nov. 99 c. 1.

anzunehmen, wenn kein deutlicher positiver Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß er wollte, der Erbe solle nicht mehr erhalten und behalten als ihm die Verfügung zuweist, theils ferner bedeuten die Worte : si vero expressim u. s. w. nicht nothwendig ein ausdrückliches, auf die Falcidia gerichtetes Verbot, sondern eben nur die Unzweideutigkeit jenes Anhaltspunktes, auch enthält eine spätere Novelle [43]) wirklich einen Fall des bloß stillschweigenden Verbotes. Zu diesen schon von Marezoll selbst geltend gemachten Gründen kommt aber noch hinzu, daß es Verfügungen gibt, bei welchen unzweifelhaft ist, daß der Erblasser den Erben auf ein bestimmtes Quantum beschränken wollte, aber ohne daß der Testator dabei auch nur daran dachte, an seine Verfügung könne der Maasstab der lex Falcidia gelegt werden, dieß nämlich bei denjenigen Verfügungen, die erst durch rein juristische Construktion ihre eigentliche Gestalt erhalten, wie eben bei unserer institutio ex re certa. Die gemeine Meinung muß hier anerkennen, daß der Fall gar nicht in die Sphäre von Justinian's Disposition paßt, muß also, trotz der unzweifelhaft entgegenstehenden voluntas testatoris, dem heres ex re certa fortwährend das Ergänzungsrecht gestatten, ebenso die Vangerow'sche Ansicht wenigstens dann, wenn nicht der Erblasser das ausdrückliche Verbot beigefügt hat, der heres solle nicht mehr bekommen, dagegen nach der Marezoll'schen Ansicht läßt sich auch unser Fall wirklich unter Justinian's Vorschrift subsummiren. Hiernach ist nun, wie ich glaube, der Einfluß der Justinianeischen Neuerung auf unsere institutio ex re certa der folgende : es ist zu unterscheiden, ob dieselbe direkt als Einsetzung auf res certae, oder aber ob sie als Ausschluß von res certae angeordnet ist.

---

[43]) Nov. 119 c. 11. Dasselbe läßt sich nicht mit Marezoll a. a. O. S. 361, Note 1 von Nov. 39 sagen, denn diese setzt nur voraus, daß wenn die Instituirten keine Pflichttheilsberechtigte sind, der Testator, wenn er will, die Quart entziehen darf.

In dem ersteren Fall ist seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 in der That das Ergänzungsrecht des heres ex re certa weggefallen, und zwar dieß nicht blos, wenn der Erblasser der Einsetzung das ausdrückliche Verbot des Mehrbekommens beigefügt hat, sofern man nur Folgendes bedenkt: der gewöhnliche Fall einer Ueberschwerung ist der, daß dem gehörig eingesetzten Erben nicht gesagt ist, wieviel er behalten soll, sondern nur gesagt ist, was Andere (als Vermächtniß) bekommen, was also dem Erben entzogen sein soll, sodaß erst aus einer Rechnung hervorgeht, wieviel nun hiernach demselben bleibt, und hierbei kann sich der Testator über seinen Vermögensbestand oder sonstwie leicht geirrt haben; ganz anders ist es, wenn der Erblasser direkt sagt, wieviel der Erbe bekommen soll, wenn er ihn sogar auf bestimmte Sachen einsetzt, hier ist nicht nur kein Irrthum möglich, es liegt sogar gewissermaßen eine größere Berechtigung zur Beschränkung vor; kann sich doch auch ein Theilerbe, wenn er auf eine nur ganz kleine Quote instituirt ist, nicht ex lege Falcidia darüber beschweren! Nun ist nach der (freilich unjuristischen) Absicht des Erblassers in unserem Falle die res certa nichts anderes als der Erbtheil des heres, diesen darf er eben so klein gestalten, wie einen wirklichen Erbtheil, eine Quote. Daß unser heres dennoch auf das Ganze gerufen ist, dieß ist lediglich juristische Construktion, nicht voluntas testatoris, dem Testator konnte darum auch nicht einfallen, eine Vergleichung zwischen der Größe der res certa und der seines ganzen Vermögens anzustellen; wenn er nun auch hiernach keine Veranlassung hatte, an die Möglichkeit eines Quartabzugs zu denken, und denselben zu verbieten, so liegt doch nichts desto weniger die bestimmte Absicht vor, dem Erben nur diese Sache zuwenden zu wollen. Daß vor Justinian der heres von dem Gerufensein zum universum jus für Berechnung des Werths der res certa einen praktischen Gebrauch machen durfte, dieß war eben nur natürliche Folge davon, daß damals der Erblasser den Erben nicht so beschränken konnte, daß

ihm die Quart verletzt wurde. — Anders möchte sich dagegen die Sache da gestalten, wo der Erbe von bestimmten Sachen ausgeschlossen ist zu Gunsten eines Dritten, es möchten hier die gewöhnlichen Grundsätze der Vermächtnisse in der fraglichen Beziehung gelten, und der bloße Ausschluß von der Sache ebensowenig als die bloße Auferlegung eines beschwerenden Vermächtnisses ein Verbot des Abzugs der Quart enthalten.

Das aber versteht sich von selbst, daß der heres ex re certa institutus, wenn er zugleich Pflichttheilsberechtigter des Testators ist, in keinem der beiden, soeben bezüglich des Verbotes des Quartabzugs unterschiedenen Fälle unter der Beschränkung auf die Sache — soferne diese Beschränkung nach dem Bisherigen überhaupt aufrecht erhalten wird — zu leiden hat, wenn dieselbe (mit Einschluß dessen, was er sich vielleicht in concreto noch außerdem nach den dafür geltenden Grundsätzen einzurechnen hat) seinen Pflichttheil verletzt. Liegt nun wirklich eine Verletzung vor, so besteht dieselbe, wenn man nur an der Art und Weise der juristischen Construktion unserer institutio ex re certa festhält, nicht sowohl darin, daß der Erbe auf zu wenig eingesetzt ist, als vielmehr darin, daß ihm, der zwar gerufen ist auf das Ganze, allzugroße Vermächtnisse, also gravamina, auferlegt sind. Daraus muß sich denn auch im Allgemeinen ergeben, auf welchem Wege der Verletzung abzuhelfen ist. In dem Rechte vor Justinian, solange gravamina noch nicht bis zum Belaufe der Verletzung geradezu ungültig waren, und zugleich der Pflichttheil die Größe der Falcidia hatte, bestand die einfache Abhülfe im Fragefall darin, daß sich der Erbe durch Abzug der quarta Falcidia den Pflichttheil frei machte [44]). Dieß nicht nur in dem Falle, wenn die institutio ex re certa angeordnet war als Ausschluß von bestimmten Sachen, sondern auch wenn sie direkt als Einsetzung auf eine res certa vorlag, doch war in dem letzteren Falle gewiß

---

[44]) Arg. fr. 8 §. 11 D. de inoff. test. (5, 2.)

auch in dieser Rücksicht mit Vermeidung förmlichen Provocirens auf die Quart und der mißlichen Folgen des Sct. Pegasianum die von Ulpian in fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. angegebene sententia Juliani (s. oben S. 113—115) anwendbar. Seit Justinian's Aenderungen in der Lehre von dem Pflichttheilsrechte dagegen ist die Behandlung der Ausschließung von res certae von der der direkten Einsetzung auf res certae zu unterscheiden. In dem ersteren Falle leidet ohne Anstand die Bestimmung Justinian's, daß gravamina als nicht beigefügt gelten [45], volle Anwendung; der Erbe zieht dem Objekte des Singular-Vermächtnisses soviel ab, als zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig ist. Anders wenn er direkt eingesetzt ist auf res certae, das Objekt der Restitution ist hier der Rechtsbegriff der hereditas, dieser kann nicht als soweit verkürzt gelten, als er den Pflichttheil, welcher eine pars bonorum ist, verletzt, die hereditas wird vielmehr auch hier vollständig restituirt, dagegen behält der Erbe bei der Baarrestitution der Erbschaftssachen an den Universal-Fideikommissar außer der res certa noch soviel zurück, daß dadurch der Pflichttheil gedeckt wird; dieß auf die Anwendung der c. 30 C. de inoff. test. hin; es ist anzusehen, als sei ihm die res certa als Legat zugewiesen, welches aber die Größe des Pflichttheils nicht erreicht, er fordert nun von dem Erben, d. h. hier von dem Universal-Fideikommissar, welcher restituta hereditate heredis loco geworden ist, die Ergänzung, nimmt diese jedoch der Kürze halber durch Retention selbst vor, und nur wenn der Fideikommissar bereits in dem Besitze der Erbschaftssachen sein sollte, stellt der Fiduciar gegen denselben eine Klage auf ergänzende Rückzahlung, die actio suppletoria, an.

In ähnlicher Weise bestimmt denn auch Justinian selbst in Nov. 115 cap. 5 pr., daß, wenn ein Pflichttheilsberechtigter neben andern Personen zu Erben eingesetzt, ihm aber aufgegeben

---

[45]) c. 32 C. de inoff. test. (3, 28.)

ist, mit bestimmten Sachen zufrieden zu sein, die Miterben demselben das an dem Pflichttheile Fehlende nach den deßfallsigen anderweiten Gesetzen Justinian's ergänzen sollen. Indessen wollen wir auf diese Bestimmung hier noch kein Gewicht legen, da sie mit einem anderen Falle der institutio ex re certa zusammenhängt, dessen Behandlung uns bis jetzt noch fremd ist.

Die Erörterung des Falles, wenn der Testator sich nur einen einzigen Erben ernannt, denselben aber auf eine res certa instituirt hat, ist nunmehr beendigt. Das Resultat ist also das folgende: es wird diese an sich ungültige Verfügung dennoch aufrecht erhalten, und zwar als Erbeseinsetzung; der Grund der Aufrechterhaltung ist die dem römischen Leben eigenthümliche hohe und allgemein gekannte Bedeutung eines heres; es geschah die Aufrechthaltung durch Juristenrecht, und zwar wohl schon vor Aquilius Gallus. Folge der Aufrechterhaltung ist: gerufen ist der Instituirte wie jeder andere einzige Erbe zu dem universum jus defuncti, in dieser Beziehung wird jedesmal die rei mentio betrahirt. In Gefolge davon bekam und behielt auch ursprünglich der Instituirte das gesammte Vermögen, allein in dieser Rücksicht ist seit neuerem Rechte auf den Grund der erstarkten Fideikommißtheorie, insbesondere der Grundsätze über sog. stillschweigende Fideikommisse, die wichtige Aenderung eingetreten, daß wenn aus einer Willenserklärung des Erblassers ein Dritter erhellt, zu dessen Gunsten der Instituirte auf die res certa beschränkt sein soll, hinsichtlich des Bekommens die rei mentio fortwährend beachtet wird; die res certae gelten hier als verba fideicommissaria, welche der heredis institutio inserirt sind, und es führt dieß eine verschiedene Behandlung herbei, je nachdem die institutio ex re certa angeordnet ist als Einsetzung mit Ausschluß von bestimmten Sachen, oder aber direkt als Einsetzung auf bestimmte Sachen. Der erstere

Fall gestaltet sich hiernach so, als wäre dem gehörig (ex asse) eingesetzten Erben auferlegt, die res excepta an jenen Dritten als Singular-Fideikommiß zu restituiren, dagegen der zweite Fall gestaltet sich so, wie wenn dem gehörig (sine rei mentione) eingesetzten Erben gesagt wäre, er solle contentus certa re sein, oder, was dasselbe ist, er solle die Erbschaft an jenen Dritten restituiren accepta, deducta, praecepta, retenta certa re vel summa; einerseits wird also hier die dem Erben detracta re geschaffene hereditas Objekt eines Universal-Fideikommisses zu Gunsten jenes Dritten, andererseits aber behält der Erbe die res certa wie ein ihm aus der Erbschaft zurückgelassenes Singular-Vermächtniß, welches er wohl vor Justinian, allein nicht mehr nach Nov. 1 cap. 2 §. 2 bis zum Belaufe der Quart ergänzen darf. Und so sehen wir in diesem zweiten und Hauptfalle unserer institutio ex re certa das Wunder der Fideikommißtheorie: der Erbe gilt als Vermächtnißnehmer, der Vermächtnißnehmer gilt als Erbe, d. h. die endliche Gestaltung der Sache für den heres ex re certa institutus ist hier die, daß er, unter Beibehaltung des Erbentitels, jedoch in keiner Weise mehr praktisch als Erbe behandelt, aus dem ganzen Verhältnisse wie ein reiner Legatar heraustritt.

Zweiter Abschnitt.

Der Fall, wenn mehrere Erben, und zwar alle auf res certae, eingesetzt sind.

§. 8.

Allgemeine Bemerkungen. Vorläufige Angabe des Hauptinhaltes von fr. 35 D. de hered. inst. (28, 5.)

Die Bestimmung des Erben als eines successor in universum jus defuncti wird, wie wir oben (S. 7 ff.) sahen, dadurch nicht verändert, daß Mehrere zugleich zur Erbschaft berufen sind; es entstehen zwar allerdings jetzt Theile, allein dieselben sind nicht qualitativ sondern nur quantitativ verschieden von dem Ganzen, es sind Bruchtheile des Rechtsbegriffes der hereditas, partes hereditariae, welche sich gleichmäßig über jede einzelne res hereditaria erstrecken. Ernennt sich daher ein Testator mehrere Erben, so hat er dieselben, wie ebenfalls bereits oben (S. 11. 12.) gezeigt wurde, entweder unbestimmt, d. h. ohne weitere Bezeichnung des Gegenstandes zu instituiren, wo dann diese heredes sine partibus scripti in der Regel (soferne nicht conjuncti unter ihnen sind) sämmtlich zu gleichen Theilen, aequaliter, gerufen sind, oder aber, wenn er ihnen ausdrücklich Theile, von gleicher oder von verschiedener Größe, zuweisen will, hat er dieselben, als heredes ex certis partibus s. unciis scripti, doch immer nur auf partes hereditariae einzusetzen.

Allein auch bei Ernennung von Miterben kann es vorkommen, daß ein Testator mit Verstoß gegen die soeben genannten Principien institutiones ex re certa anordnet, sei es, daß er nur Einen oder Einige der Miterben, oder sei es, daß er sie sämmtlich auf res certae einsetzt. Die Erörterung des ersteren dieser Fälle wird den Gegenstand des dritten Abschnittes bilden, den zweiten Fall dagegen haben wir hier zu besprechen. Es läßt sich dieser Fall in der allerverschiedenartigsten Weise denken; es kann sein, der Testator hat jeden der Miterben auf eine besondere res certa instituirt (den A auf einen Garten, den B auf ein Haus), oder aber Mehrere zusammen auf die eine, einen Dritten auf eine andere res (den A und B auf das Landgut, den C auf 1000 fl.), oder er hat die Miterben auf Theile ein und derselben res, oder auch jeden der Miterben auf einen Theil einer besonderen res instituirt (den A auf 1/3 des fundus Cornelianus, den B auf 2/3 desselben fundus; den A auf die Hälfte des Hauses, den B auf 1/3 des Gartens); es können ferner die res certae sowohl einzelne Sachen als auch Complexe von Sachen sein (z. B. der A ist instituirt auf das bewegliche, der B auf das unbewegliche Vermögen), denn wir wissen, materielle Vermögensbestandtheile auch von dem allergrößten Umfange sind doch niemals partes hereditariae, sie bleiben res hereditariae. Es kann endlich sein, daß die von dem Testator genannten res certae sein ganzes Vermögen erschöpfen, oder aber daß noch ein nicht ausdrücklich zugewiesener Rest übrig bleibt.

Wir finden nun den in dem vorliegenden Abschnitte zu besprechenden Fall, wenn also der Testator sämmtliche Miterben auf res certae eingesetzt hat, in den Quellen viel häufiger erwähnt und ausführlicher behandelt als die beiden andern möglichen Fälle einer institutio ex re certa. Es erklärt sich dieß wohl daraus, daß dieser Fall, Einsetzungen auf bestimmte Sachen einmal zugegeben, in der That der natürlichste ist, wenn man nur bedenkt, daß er meist so vorkommen wird, daß der Testator in

den res certae sein ganzes Vermögen erschöpft; er hat bei solcher Anordnung mehr an das praktische des endlichen Effekts der Zuwendung gedacht, d. h. er hat nicht nur ausdrücken wollen, welche Personen ihn beerben sollen, sondern zugleich, freilich in unjuristischer Weise, was jeder der Erben bekommen, wie sein Vermögen unter ihnen vertheilt sein solle.

Gerade weil dieser Fall in den Quellen am klarsten entschieden ist, wird er auch von den Juristen von jeher im Allgemeinen am richtigsten aufgefaßt, denn bezüglich des in dem vorigen Abschnitte besprochenen Falles ist zwar der Grundsatz allgemein anerkannt, daß der detracta re auf das Ganze gerufene Erbe in der Regel auch Alles bekommen wird, dagegen die dennoch ausnahmsweise mögliche Aufrechterhaltung der Beschränkung auf die res certa wurde entweder gänzlich übersehen, oder doch nicht unter die richtigen Gesichtspunkte gebracht; und was die Anordnung einer institutio ex re certa neben anderweit eingesetzten Erben betrifft (dritter Abschnitt), so bestehen, wie wir sehen werden, selbst über die grundsätzliche Behandlung derselben die verschiedensten Ansichten. Indessen bleibt selbst in dem gegenwärtig uns vorliegenden Falle im Einzelnen noch gar manches zu erläutern und festzustellen.

Bevor wir nun mit der genauen Angabe des Grundsatzes beginnen, welcher für die juristische Behandlung des Falles gilt, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, scheint es angemessen, vorerst eine ausführliche, einen dieser Fälle besprechende, Pandektenstelle ihrem hauptsächlicheren Inhalte nach vor Augen zu führen, es ist dieß das fr. 35 D. de hered. inst. (28, 5), entnommen aus Ulpian's lib. 4 Disputationum. Allerdings zwar ist es nicht unsere Absicht, die einzelnen in dieser Stelle enthaltenen Sätze gleich hier genauer zu erörtern, es kann dieß erst unten an den einschlägigen Orten geschehen, allein diese allgemeinere Voranschickung gibt uns den Vortheil, daß wir diese wichtige Stelle vorerst in ihrem ganzen Zusammenhange kennen lernen,

und hierdurch zugleich vorläufig ein Gesammtbild dessen erhalten, was demnächst als regelmäßiger Grundsatz für die Behandlung der uns vorliegenden Fälle genauer anzugeben sein wird.

Diese Pandektenstelle nun hat eigentlich nicht zum Zwecke, die Gesammtauffassung des Falles, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, darzulegen, sie beabsichtigt vielmehr nur die Entscheidung einer speciellen Frage, welche unter Voraussetzung der Gültigkeit solcher Anordnungen aufgeworfen wurde, allein bei dieser Gelegenheit verbreitet sich Ulpian, ehe er die eigentliche Entscheidung gibt, zunächst allgemein und ausführlich über die Frage, wie eine solche Anordnung rechtlich überhaupt aufzufassen sei, sodaß wir annehmen dürfen, daß gerade mit Rücksicht auf diesen allgemeiner belehrenden Inhalt die Stelle von den Compilatoren in die Pandekten aufgenommen worden ist.

Es wurde der Fall vorgelegt (ex facto proponebatur), sagt Ulpian im princ. des genannten fr. 35 D. de her. inst., ein Testator hatte zwei Erben ernannt, den Einen auf sein Vermögen in der Provinz (res provinciales), den Andern auf sein Vermögen in Italien (res Italicae); der Erblasser, gewohnt Waaren nach Italien anzuschaffen, hatte von da Geld in die Provinz zur Anschaffung von Waaren geschickt. Diese wurden nun, bei Lebzeiten oder auch nach dem Tode des Erblassers, zwar angeschafft, aber noch nicht nach Italien hinüber geliefert. Nun entstand die Frage, ob die Waaren dem auf das Vermögen in Italien oder aber dem auf das Vermögen in der Provinz eingesetzten Erben gehören? Vor Beantwortung dieser Specialfrage äußert sich nun zunächst Ulpian, von dem vorgetragenen Falle überhaupt absehend, in dem princ. der Stelle also:

> Dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem: sed ita, ut officio judicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua

heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur : verbi gratia, pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem; erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti, veruntamen officio judicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adjudicetur, vel attribuatur. §. 1. Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat; et refert Papinianns, cujus sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos. Quare si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti. Et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio judicis recidi [1]) praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones. Quodsi sit incertum, an Falcidia interventura sit, rectissime probatur, officio judicis cautiones esse interponendas.

Ganz diesen Grundsätzen entsprechend entscheidet unmittelbar nach diesen Worten in §. 2 Ulpian die Stellung der beiden in

---

[1]) Die Lesart officio judicis recidit gibt kein passendes Subjekt zu recidit, wenn man nicht gezwungener Weise suppliren will das vorhergehende Wort : Falcidia. Die vulgata liest : officium judicis recidet, dadurch wird zwar jener Anstand gehoben, allein das Substantiv officium judicis ist ungewöhnlich. Darum, und weil auch in den vorhergehenden Sätzen der Stelle Infinitive gebraucht sind, stimme ich mit v. Buchholtz Prälegate S. 13, Note 57, dem Vorschlage von SCHULTING, Notae ad Dig. ed. SMALLENBURG ad h. l. bei, zu lesen : officio judicis recidi.

dem obigen zur Entscheidung vorgelegten Falle eingesetzten Erben dahin:

Quum haec ita sint, haec etiam institutio, de qua quaeritur, non est repellenda, si alius rerum provincialium, alius rerum Italicarum heres fuerit scriptus, officioque judicis attribuentur singulis res, quae adscriptae sunt; erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. Quae res facit, ut si forte in aliis facultatibus plus sit, in Italicis forte, quam in provincialibus, in aliis minus, et aeris alieni ratio urgeat, dici, imminutionem eandem fieri, quam supra ostendimus; proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio admittenda erit.

In den darauf folgenden §§. 3—5 nähert sich Ulpian der eigentlich zur Entscheidung vorgelegten Frage, er bespricht, was alles zu den res Italicae und zu den res provinciales gehöre, und entscheidet, daß die nach der Provinz geschickten Gelder, sowie die dort damit erkauften Waaren allerdings zu den res Italicae zu rechnen seien, was uns indessen hier weiter nicht interessirt.

Die abgedruckten Worte unserer Stelle geben, auch ohne daß dieselben schon jetzt genauer erörtert werden, das Resultat, daß die juristische Behandlung einer Einsetzung sämmtlicher Miterben auf res certae im Allgemeinen die ist: die Eingesetzten gelten als Erben, und zwar als heredes sine partibus scripti, die res certae bekommen sie vice praeceptionis, d. h. wie Prälegate, und zwar ganz nach den Grundsätzen der Prälegate.

Diese Gesichtspunkte sind denn auch, wie wir sehen werden, im Allgemeinen die von dem Römischen Rechte hier anerkannten, wenn es auch Fälle gibt, in welchen die Behandlung eine andere Richtung nimmt; in dem Folgenden haben wir nun zunächst den Grundsatz, welcher für die vorliegenden institutiones ex re

certa gilt, genauer festzustellen, und sodann die Folgesätze, das Detail der Behandlung, in den Hauptpunkten hervorzuheben.

§. 9.

I. Der Grundsatz. 1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

I. Auch in dem Falle, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, finden wir, wie nach dem in §. 2 oben Ausgeführten nicht anders zu erwarten ist, daß diese Einsetzungen als eigentlich ungehörig und darum strenge genommen ungültig angesehen, daß sie aber dennoch aufrecht erhalten werden, und zwar als Erbeseinsetzungen; dieß ergibt sich schon daraus, daß Ulpian in §. 2 des oben angeführten fr. 35 D. de her. inst. sagt, jene Einsetzung der Erben auf die res pro vinciales und Italicae sei non repellenda, eine Aeußerung, die nicht nöthig gewesen wäre, wenn die Anordnung schon nach Rechtsprincipien gültig wäre; ebenso ergibt es sich aus den in dem princ. derselben Stelle enthaltenen Worten: dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem; wir lassen hier einstweilen dahin gestellt, ob mit diesen Worten gesagt sein soll, daß eine jede institutio ex re certa (auch die in dem dritten Abschnitte zu besprechende) aufrecht erhalten werde, das ist vorerst gewiß, daß die Worte jedenfalls auf die hier zu erörternden Fälle anwendbar sind, da Ulpian die ganze Erörterung mit Rücksicht auf einen Fall gilt, in welchem sämmtliche Erben auf res certae instituirt waren. — Es bedarf ferner keiner Erwähnung, daß der Grund der Aufrechterhaltung der Einsetzungen auch hier die Rücksicht auf die voluntas testatoris und die hohe Bedeutung der Erbenqualität ist [1]; ebenso besteht die Art und

---

[1]) Die Behandlung gilt daher natürlich auch hier bei einer jeden Erbeseinsetzung (Institution wie Substitution), und andererseits bei keiner Exheredation.

Weise dieser Aufrechterhaltung auch hier in der Wegräumung des mit der Erbenqualität Unverträglichen, also in Detrahiren der rei mentio, wie dieß theils schon aus dem oben mitgetheilten fr. 35 D. de her. inst. hervorgeht, theils noch in weiteren Stellen, welche wir gleich unten kennen lernen werden, ausgesprochen ist. Ob vielleicht in anderer Rücksicht die rei mentio fortwährend beachtet wird, berührt uns hier noch nicht, es soll nur gesagt sein, daß sie zur Aufrechterhaltung der Erbenqualität an sich nothwendig auch hier detrahirt wird.

II. Folge der detracta rei mentio und Aufrechterhaltung der Erbenqualität ist denn nun auch hier, daß für die rechtliche Stellung der Erben durchaus nichts Singuläres, nichts den Principien des Erbrechts (§. 1. 2) Widersprechendes entsteht, sie werden nicht Erben auf die ihnen zugewiesenen res certae, denn daß die mehrerwähnten Worte Ulpian's: dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nicht diesen Sinn haben, bedarf schon nach allem Bisherigen keiner Bemerkung, und ist auch von jeher allgemein anerkannt. Die Instituirten gelten vielmehr, wie dieß bei einem jeden Miterben jure communi der Fall ist, als gerufen auf das universum jus defuncti, und zwar zunächst auf Theile des jus, auf partes hereditariae.

Eine andere Frage aber ist: von welchen Gesichtspunkten geht das Römische Recht bezüglich der Behandlung und Größe dieser partes hereditariae aus? Gelten die Eingesetzten als heredes sine partibus scripti, oder aber als heredes ex certis partibus scripti? Sehen wir nämlich zunächst für einen Augenblick von den Quellen ab, so ließe sich auf den ersten Blick für diese letztere Auffassung wohl das sagen, es sei der voluntas testatoris am entsprechendsten, den Werth der einzelnen res certae gegeneinander im Verhältnisse zu dem Werthe der ganzen Erbschaft zu berücksichtigen, und nach dieser etwaigen diversitas pretiorum das jus ipsum hereditarium quotenweise zu theilen, so daß die rerum mentio, wenn auch für Aufrechterhaltung der Er-

benqualität überhaupt betrahirt, doch als maasgebend für die Größe der Portionen fortwährend zu beachten sei.

In der That finden wir nun in den Quellen unter Umständen diese Auffassung anerkannt, dagegen in der großen Mehrzahl der Fälle geschieht dieß nicht. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Ist jeder der Erben auf eine besondere res certa, und zwar auf diese ganz, nicht blos zu einem Theile derselben, eingesetzt, so finden wir überall die Bestimmung, daß die Größe der Quoten sich nicht nach der etwaigen Werthverschiedenheit der res certae bemißt, daß vielmehr die Eingesetzten als Erben aequis ex partibus gelten. In dieser Art wird ausdrücklich entschieden in dem oben erwähnten fr. 35 D. de her. inst.; dort heißt es bezüglich des auf die res Italicae und res provinciales eingesetzten Erben in §. 2: erunt tamen heredes ex aequis partibus, obwohl gleich nachher in anderer Beziehung, keineswegs aber in der fraglichen, besondere Wirkungen daran geknüpft werden si forte in aliis facultatibus plus sit, in Italicis forte, quam in provincialibus, in aliis minus, — zum deutlichen Beweise, daß in diesem Falle nicht unterstellt ist, das italische Vermögen sei ebensogroß als das in der Provinz befindliche. Ebenso wird in dem princ. derselben Stelle bezüglich des Falles, da der Eine auf den fundus Cornelianus, der andere auf den fundus Libianus eingesetzt ist, entschieden: erunt quidem heredes ex aequis partibus, während ausdrücklich gesagt wird, der erstere fundus betrage hier drei Viertheile, der zweite ein Viertheil der Erbschaft. Ganz denselben Grundsatz finden wir in folgender hierher gehörigen Stelle ausgesprochen:

fr. 78 pr. D. de her. inst. (28, 5) Papinianus libro VI Responsorum: Qui non militabat [2], bonorum maternorum

[2]) Der Grund, warum diese Stelle hier das Testament eines pagani voraussetzt, sowie der weitere Verlauf der Stelle berührt uns hier vorerst nicht.

quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium; jure semisses ambos habere constitit, —

2) Gerade diesem Gesichtspunkte gemäß wird denn auch weiter in dem Falle, wenn Ein Miterbe auf die eine, zwei andere Miterben zusammen auf eine andere res certa eingesetzt sind, gesagt, der erstere gelte als zur einen, die beiden andern Miterben gelten als zur andern Hälfte der Erbschaft gerufen.

fr. 11 D. de her. inst. Javolenus libro VII Epistolarum. Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto; habebunt duo Titii semissem, Attius semissem; idque Proculo placet; quid tibi videtur? Respondit, vera est Proculi opinio.

Es ist dieß nichts als Anwendung des Satzes, daß wenn von mehreren gehörig (sine rei mentione) und zwar ohne Theilbestimmung eingesetzten Erben einige zusammen in einem und demselben Satze genannt sind, diese als conjuncti zusammen auch nur Einen Theil erhalten, obwohl im Allgemeinen hier die Erben aequaliter gerufen sind [3]). In unserem Falle nun gelten die Instituirten detracta re als aequis ex partibus instituirt, die beiden Titii aber, weil auf eine res certa conjungirt, werden nun auch hinsichtlich der Erbschaft selbst als conjuncti behandelt, und sind zusammen nur auf die Hälfte derselben berufen.

3) Dagegen für den Fall, daß die Erben auf Quoten ein und derselben res certa instituirt sind, haben wir in der fraglichen Beziehung folgende Entscheidung:

fr. 9 §. 13 D. de hered. inst. Ulpianus libro V ad Sabinum:

---

[3]) Fr. 17 §. 4, fr. 59 §. 2 D. de her. inst. (28, 5.) Dieser Satz, durch Juristenrecht im Sinne der voluntas testatoris eingeführt, wird in letzterer Stelle (fr. 59 §. 2 cit.) ebenfalls auf die Auktorität des Proculus zurückgeführt; von ihm also rührt wohl zugleich Regel und Anwendung her.

Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.

Der einfache Sinn dieser Stelle ist der: auch hier wird die rei mentio jedesmal detrahirt, um überhaupt die Erbenqualität aufrecht zu erhalten; Folge der detractio rei soll nun in der Regel sein, daß die Eingesetzten wie heredes sine partibus scripti behandelt, also aequaliter zur Erbschaft gerufen werden, dieß jedoch nur dann, wenn nicht die Absicht des Testators offenbar vorliegt, mit den an der Sache ausgedrückten ungleichen Quoten die Quotentheilung seines Vermögens überhaupt bezeichnen zu wollen, was z. B. dann der Fall sein wird, wenn sein ganzes Vermögen, oder der hauptsächlichste Theil desselben, in der res certa besteht, wo dann anzunehmen ist, der Erblasser habe, wie wir es ähnlich schon oben an verschiedenen Stellen kennen lernten (s. z. B. S. 23. 24), mit der einzelnen res certa sein Vermögen überhaupt bezeichnen wollen. In solchen Fällen soll die rei mentio fortwährend in der Rücksicht beachtet werden, daß die hinsichtlich derselben ausgesprochenen Quoten den Maaßstab für die Erbschaftsquoten geben, während behufs der Aufrechthaltung der Erbenqualität überhaupt natürlich auch hier die Erwähnung der res detrahirt wird [4]).

---

[4]) Unbegreiflich ist, daß manche ältere Interpreten die Schlußworte unserer Stelle (si modo voluntas — refragatur) in folgender Art verstehen konnten: wenn nicht entschieden des Testators Absicht vorliegt, daß die Instituirten auf den fundus Cornelianus beschränkt sein, und unter keinen Umständen mehr bekommen sollten. Auf diese Interpretation hin gebrauchte man die Stelle zum Beweise des irrigen Satzes, daß, wenn der Testator bei Anordnung einer institutio ex re certa ausdrücklich verboten habe, daß der Erbe mehr bekomme, dieses Verbot Gültigkeit habe, und das übrige Vermögen an die Intestaterben falle. Diese

4) Endlich gibt uns Paulus (libro II ad Sabinum) für den Fall, daß die Miterben auf Theile nicht ein und derselben, sondern verschiedener res certae instituirt sind, eine Entscheidung, welche sich findet in fr. 10 D. de her. inst.; die Stelle lautet nach der Florentina also:

> Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adjectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile sed diversitate pretium portiones inveniuntur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum, nec partes nominasset.

Daß die Lesart der Florentina sed diversitate pretium corrupt ist, und daß diese Worte keinen Sinn geben, zeigt der erste Blick. Dagegen belehrt uns der Zusammenhang der ganzen Stelle, insbesondere die Vergleichung des im Anfang erwähnten Falles mit der darauf folgenden Entscheidung und den Worten nec enim facile — portiones inveniuntur (wie auch die dazwischen liegenden Worte gelautet haben mögen) sehr leicht darüber, was eigentlich gesagt werden sollte; es ist nichts anderes als das: sind die Miterben auf Quoten verschiedener Sachen eingesetzt, so ist es überall zu schwierig, Erbschaftsquoten nach dem Werthe der ausgesprochenen Sachenquoten zu berechnen, und die Instituirten hiernach als heredes ex certis partibus scripti anzusehen, dieselben sollen darum immer als heredes sine parte scripti gelten, also zu gleichen Theilen gerufen sein. Daß dieß in der That der Sinn sei, hat man denn auch im Grunde nie beanstandet, es kommt daher lediglich darauf an, sich für eine Lesart zu ent-

---

Auffassung ist so offenbar verfehlt, daß wir dieselbe oben bei Besprechung dieses letzteren Satzes (S. 135) nicht einmal zu erwähnen für nöthig gehalten haben. Sie ist schon durch ältere Juristen widerlegt, z. B. Fachinaeus controv. jur. lib. IV cap. 15 fin., und hat in neuerer Zeit keine Anhänger mehr.

scheiden, welche diesem Sinne möglichst und mit der geringsten Abweichung von jener handschriftlichen Lesart entspricht. In dieser Beziehung nehme ich denn keinen Anstand, zunächst mit Haloander und Anderen zu lesen: ex statt: sed, sodann aber auf die Auktorität der Taurelli mit den meisten Ausgaben statt pretium zu lesen: partium; denn wenn auch jener unzweifelhafte Sinn noch vollständiger durch die Worte ex diversitate partium praediorum wiedergegeben würde, so schließt sich doch das bloße partium einfacher an das Wort pretium der Florentina an, und ist auch an sich schon vollständig genug, um auszudrücken, daß in den (ausdrücklich ausgesprochenen) Theilen nicht leicht Erbtheile gefunden werden können[5]).

Ueberblicken wir die Entscheidungen der Quellen in allen diesen vorgeführten Fällen, so zeigt sich das Resultat, daß die rei mentio nicht blos zur Aufrechterhaltung der Erbenqualität betrahirt, sondern selbst für Bestimmung der Größe der partes hereditariae in der Regel unbeachtet bleibt, außer möglicherweise in einem Falle, wie ihn das fr. 9 §. 13 D. de her. inst. zum Inhalte hat.

---

[5]) Ich vermag also Mühlenbruch nicht beizustimmen, wenn er (in Glück's Commentar, Bd. XL, S. 181, Note 30) gerade von dem einfachen Worte partium sagt, es lasse sich damit kaum irgend ein bestimmter Sinn verbinden. Haloander liest mit mehreren Handschriften statt pretium: praediorum, und dieß billigt auch Mühlenbruch a. a. O., allein gerade dieß entspricht offenbar nicht dem unzweifelhaften Sinne unserer Stelle, denn nicht die Werthverschiedenheit der fundi selbst, sondern die Verschiedenheit der an denselben ausgedrückten partes wäre der Versuch, welchen Paulus als schwierig bezeichnet. — Die in anderen Handschriften befindliche Lesart pretiorum, welcher auch Cujacius (in comment. ad h. l.) folgt, möchte ich darum nicht billigen, weil sie nicht ausdrückt, um welcher Gegenstände Werth es sich handeln soll. — A. Faber (conject. lib. XVII cap. 16 Num. 15 liest: sub diversitate partium; Cannegieter Disq. de Notis. §. 19 p. 309 liest: sine edita diversitate praedii partium; J. B. Koehler, Interpr. et Emend. II, 9 §. 5 p. 69 sq.: ex diversitate praedii partium; Nic. Catharinus (observ. et conject. lib. IV, c. 46 in Meerm. Thes. Tom. VI, p. 798, schlägt vor: sed diversitate consortium (i. e. heredum).

Fragen wir nun nach dem Grunde dieser Gesammtauffassung, so ließe sich zunächst das sagen: weil die Instituirten überhaupt nur detracta re als Erben gelten, so scheint es consequent, wenn die res überhaupt nicht mehr, auch nicht als Werthmaaßstab der Quoten in Betracht kommen, es vielmehr wirklich so gehalten wird, als seien die Institutionen ohne Sachen und ohne Erbtheile angeordnet.*); in diesem Sinne motivirt es denn auch Ulpian, wenn er in fr. 35 §. 2 D. de her. inst. sagt: erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. Nun ist zwar allerdings das wahr, daß, wenn die gegentheilige Auffassung mehr der voluntas testatoris (die doch das Entscheidende ist) entsprechen sollte, der bloßen Consequenz der detractio rei behufs der Erbenqualität nicht wohl so großes Gewicht zugeschrieben werden darf, daß die res nun auch in jeder anderen Beziehung unbeachtet bleiben müßten, dieß um so weniger, da wir bereits in dem vorigen Abschnitte gesehen haben, wie bei dem detracta re auf das Ganze gerufenen einzigen eingesetzten Erben behufs der Beschränkung auf die Sache die rei mentio dennoch aufrecht erhalten wird, sofern dieß juristisch realisirbar ist, allein es kommt eben das hinzu, daß der Versuch, die Größe der Erbschaftsquoten nach dem Werthverhältnisse der Sachen zu der ganzen Erbschaft zu bestimmen, in der

---

*) Averanius interpr. lib. IV, cap. 11, Num. 3 sagt bezüglich des in fr. 9 §. 13 D. de her. inst. enthaltenen Falles, es scheine singulär, daß die Eingesetzten aequis ex partibus Erben werden, denn die dort gebrauchten Worte tertia pars und bes seien doch technische Worte für die Theilung des jus hereditarium; werde nun die fundi mentio detrahirt, so bleibe doch noch immer die mentio partium, man sollte also denken, es müsse so angesehen werden, als sei gesagt: Cajus ex parte tertia, Sejus ex besse heres esto, gerade weil behufs der Aufrechterhaltung der Erbenqualität nur rei mentio detrahirt werde. Allein die entgegengesetzte Entscheidung des fr. 9 §. 13 cit. motivire sich wohl dadurch, daß der Testator den fundus, und nicht die hereditas getheilt habe, daß also mit Detrahiren des fundus auch die, nur allein ihn betreffende, mentio partium detrahirt werden müsse, denn das Ganze ziehe die Theile nach sich.

That regelmäßig ein der voluntas testatoris nicht entsprechendes Resultat geben würde, und zwar dieß aus zwei Gründen. Zunächst würde dadurch der, doch hauptsächliche, Wille des Erblassers, daß jeder Erbe gerade diese ihm zugewiesene Sache erhalte, gar nicht erreicht werden, denn die Erben mögen zu gleichen oder zu ungleichen Erbquoten gerufen sein, immer wird doch das unverändert bleiben, daß eine jede einzelne res hereditaria unter den sämmtlichen Erben pro rata hereditaria gemeinschaftlich (oder als Forderung pro rata hereditaria getheilt) wird. Sodann aber hat ein Vermögen keinen stabilen Werth, es hat einen bestimmten Umfang nur mit Rücksicht auf einen gegebenen Zeitpunkt [7]), in jedem Augenblicke kann es sich vermehren oder vermindern; der Erblasser kann also auch nicht immer wissen, wie groß bei seinem Tode sein Vermögen sein wird, man kann daher nicht so schlechthin annehmen, er habe bei Nennung der res certae den Werthmaaßstab für sein gesammtes Vermögen im Auge gehabt. Gerade daraus erklärt sich nun aber auch, warum die römischen Juristen den Satz, daß unsere Instituirten aequis ex partibus Erben werden, nur als einen für die Regel geltenden, aufgestellt haben, und warum denselben doch daneben Ulpian in fr. 9 §. 13 D. de her. inst. für den Fall, daß die Erben auf Quoten ein und derselben Sache eingesetzt sind, nur dann gelten läßt, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur [8]), und hier jenen Satz nur als eine expeditissima sententia bezeichnet; denn bei Quotentheilung ein und derselben einzelnen Erbschaftssache läßt sich noch am ehesten

---

[7]) v. Savigny, Syst. des heut. Röm. Rechts. Bd. I, S. 375.

[8]) Daraus widerlegt sich schon von selbst die Meinung von A. Faber, err. pragm. Dec. XV err. 7, welcher diese Worte für einen Tribonianismus erklärt, weil Ulpian wohl nicht noch etwas von der voluntas testatoris abhängig gemacht habe in einem Falle, der schon seine gesetzliche Normirung habe! Gegen diese rein äußerliche Auffassung Faber's erklärt sich auch Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. XL, S. 180, Note 26 a. E.

ein Schluß auf die Absicht rücksichtlich des Ganzen machen, auch bekommt hier, wenn nach demselben Maaßstabe die hereditas getheilt wird, in der That jeder Erbe (in seinem Erbtheile) auch gerade die ihm rücksichtlich der speciellen res certa zugewiesene Quote. Gerade aus obigem erklärt sich ferner, warum Paulus in fr. 10 D. de her. inst. bei Institutionen auf Quoten verschiedener Sachen eine daraus zu abstrahirende Quotentheilung des jus ipsum hereditarium nicht als geradezu unzulässig, d. h. juristisch unmöglich, sondern nur als faktisch nec facile zu bewerkstelligen bezeichnet, und darum nur als expeditissimum erklärt, die Erbtheile als gleiche anzunehmen. Gerade daraus endlich werden wir, wie auch z. B. v. Vangerow [9]) thut, folgern dürfen, daß, wenn nicht Sachen, sondern Summen als res certae genannt sind, hier noch am ehesten und leichtesten jener Regelsatz verlassen, und eine aus den Summen zu abstrahirende Quotentheilung der Erbschaft angenommen werden darf [10]).

Bei Betrachtung der bisher erörterten Stellen ist übrigens noch vor einem möglichen historischen Irrthum zu bewahren. Wir haben gesehen, in fr. 9 §. 13 D. de her. inst. wird der Satz, daß Institutionen auf Quoten derselben Sache im Zweifel so behandelt werden sollen, daß detracta rei mentione die Eingesetzten als heredes sine parte scripti gelten, auf die Auktorität

---

[9]) Leitfaden Bd. II, S. 161 gegen das Ende.

[10]) Eine ausdrückliche Stelle darüber haben wir nicht, wie denn überhaupt die Quellen (aber gewiß nur zufällig) niemals Geld als Gegenstand einer institutio ex re certa erwähnen. Wohl aber ist ganz ähnlich folgender in fr. 77 §. 30 D. de leg. II (Pap.) erwähnte Fall: Pater, qui filio semissem dederat, et sororibus ejus impuberibus quadrantes, quibus fratrem tutorem dedit, ita fuerat locutus: fili, contentus eris pro tuo semisse aureis ducentis, et vos, filiae, pro vestris quadrantibus centenis aureis; vice mutua liberis fideicommissum hereditatis reliquisse non videbatur, sed aestimationem, ut a parentibus frugi fieri solet, patrimonii sui fecisse, nec idcirco fratrem judicio tutelae bonae fidei rationes quandoque praescriptione demonstratae quantitatis exclusurum.

des Sabinus gegründet, und ebenso wird in fr. 10 D. eod. demselben Sabinus zugeschrieben, daß Institutionen auf Quoten verschiedener Sachen so aufzufassen sind, als seien weder die Sachen noch deren Theile genannt, vielmehr die Erben ohne alle Theilbestimmung eingesetzt. Man könnte sich nun auf den ersten Blick veranlaßt finden, diese Behandlung mit der überhaupt anerkannten Aufrechthaltung der uns in diesem zweiten Abschnitte beschäftigenden institutiones ex re certa hinsichtlich ihres Alters in der Rechtsgeschichte auf Eine Linie zu stellen, also die Meinung aufzustellen, gerade zur Zeit des Sabinus sei es überhaupt erst aufgekommen, daß eine Einsetzung sämmtlicher Miterben auf res certae Anerkennung und Aufrechthaltung detracta rerum mentione gefunden habe, und zwar in der genannten Art, während man bis dahin an der ursprünglichen gänzlichen Ungültigkeit einer solchen Anordnung festgehalten habe.

Allein eine solche Meinung wäre sicher nicht gegründet; wir sahen in dem vorigen Abschnitte, es war mindestens schon zur Zeit des Aquilius Gallus anerkannt, daß, wenn nur ein einziger Erbe, dieser aber auf eine res certa instituirt ist, die Einsetzung aufrecht erhalten werde detracta rei mentione; nun aber liegt durchaus kein Grund vor, warum die auf gleichem Wege zu bewirkende Aufrechterhaltung einer Einsetzung sämmtlicher Miterben auf res certae erst später anerkannt worden sein sollte; denn diese beiden, nur von uns im Interesse wissenschaftlicher Darstellung geschiedenen Fälle der institutio ex re certa haben doch in der That, was die Möglichkeit der Aufrechterhaltung der Erbenqualität im Allgemeinen betrifft (abgesehen von der weiteren Behandlung), nichts innerlich so verschiedenes, daß man zu der Annahme berechtigt wäre, die letzteren Fälle seien entweder praktisch erst später vorgekommen, oder hätten nur schwieriger Anerkennung finden können, als die ersteren. Wir dürfen vielmehr sicher annehmen, daß, soweit die institutio ex re certa in dem Römischen Rechte überhaupt als Erbeseinsetzung

anerkannt ist, dieß dem Grundsatze nach gleichzeitig geschehen ist; sonach war gewiß schon zur Zeit des Aquilius Gallus anerkannt, daß auch wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, die Einsetzungen aufrecht erhalten werden detracta rerum mentione.

Ein Anderes aber ist die fortschreitende Ausbildung der genaueren Behandlung dieser Anordnung (in welcher Beziehung wir bereits in dem ersten Abschnitte auf der Basis der erstarkten Fideikommißtheorie eine erhebliche Wendung kennen gelernt haben), und ebenso die Anwendbarkeit bereits anerkannter Grundsätze auf etwa neuerdings vorgekommene besondere Gestaltungen der institutio ex re certa. So mochte denn auch die Einsetzung sämmtlicher Miterben auf res certae ursprünglich nur so vorgekommen sein, daß jeder Erbe auf eine besondere res certa, und zwar auf diese ganz, eingesetzt war, denn es ist dieß offenbar der einfachste und natürlichste Fall; hier war man nun gewiß schon gleich anfangs darüber einig, daß auch behufs der Größe der Erbquoten die rerum mentio unberücksichtigt bleibe, die Erben also unabhängig von dem Werthe der Sachen aequaliter gerufen seien, eben weil der Erblasser nicht sowohl verschiedene Werthquoten, als vielmehr gerade diese Sachen den einzelnen Erben zuwenden wollte, dieß aber, wenn nicht vielleicht auf einem andern Wege, doch jedenfalls nicht durch Verschiedenheit der Erbquoten juristisch zu realisiren war. Später mochten die complicirteren Fälle zur Sprache gekommen sein, wenn der Erblasser die Institutionen auf Quoten ein und derselben Sache oder auch verschiedener Sachen vornehme, und hier mochte man anfangs zweifeln, ob der Satz, die Instituirten seien als Erben zu gleichen Theilen zu behandeln, anwendbar sei, oder ob es nicht vielleicht der voluntas testatoris mehr entspreche, die Erbquoten nach dem Verhältnisse der Sachenquoten zu fixiren, und hier, für diese Fälle, mochte Sabinus den Ausschlag dahin gegeben haben, daß nichts desto weniger auch hier die Erben in der Regel zu gleichen Theilen

gerufen sein sollten, während wir für jene ersteren gewöhnlichen, und gewiß früheren Fälle, nirgends die Auktorität des Sabinus oder auch eines andern namentlich bezeichneten Juristen erwähnt finden.

§. 10.

2) Beschränkung auf die res certa.

Das Bisherige hat uns gezeigt, daß der Wille des Erblassers, die Gerufenen sollen Erben sein, auch hier unbedingt und jedesmal aufrecht erhalten wird, und zwar ganz in derselben Art, wie wir dieß in dem vorigen Abschnitte kennen gelernt haben, nämlich detracta rei mentione. Eine andere Frage ist, ob daneben auch die weitere voluntas testatoris, wonach die Gerufenen gerade auf die ihnen zugewiesenen Sachen beschränkt sein sollen, aufrecht erhalten wird?

In dem Falle, wenn nur ein einziger Erbe ernannt, dieser aber auf eine res certa instituirt ist, sahen wir, daß diese Beschränkung nur ausnahmsweise aufrecht erhalten wird, nämlich nur dann, wenn aus einer Willenserklärung des Erblassers die Bezeichnung eines Dritten erhellt, zu dessen Gunsten der Instituirte auf die res certa beschränkt sein soll. In den hier zu betrachtenden Fällen der institutio ex re certa dagegen zeigt sich uns sogleich die Hoffnung, daß auch dieser zweite Theil der voluntas testatoris weit leichter juristisch zu realisiren sein wird, eben weil Miterben vorhanden sind, deren jeder zu Gunsten der Anderen beschränkt werden kann auf einem juristischen Wege, der uns eigentlich schon durch die Art, in welcher in dem vorigen Abschnitte jene ausnahmsweise aufrechterhaltene Beschränkung auf die Sache behandelt wird, an die Hand gegeben ist.

Indessen erhellt schon aus dem in dem vorigen Paragraphen Angegebenen, daß in unseren Fällen von einer Beschränkung der Erben auf die ihnen zugewiesenen Sachen, auch wenn dieselbe

juristisch construirbar ist, doch schon ex voluntate testatoris keineswegs immer und jedesmal die Rede sein kann, dieß nämlich da nicht, wo die rerum mentio mindestens als Maaßstab für die Größe der partes hereditariae fortwährend beachtet wird, also nach fr. 9 §. 13 D. de her. inst. in dem Falle, wenn sämmtliche Miterben auf Quoten ein und derselben Sache eingesetzt sind, und zugleich die unzweifelhafte Absicht des Testators vorliegt, daß hiermit Quoten der ganzen Erbschaft ausgedrückt sein sollen, und ebenso (wie wir annehmen durften) in dem Falle, wenn die res certae in Summen bestehen, durch welche der Erblasser Werthquoten seines gesammten Vermögens bezeichnen wollte. In diesen Fällen ist alle weitere Behandlung unnöthig, die Erben bekommen ganz dasselbe, auf was sie gerufen sind, nämlich die ihnen so von dem Erblasser selbst zugewiesenen Quoten, und darin auch, in dem erstgenannten dieser Fälle, die Quotentheile der speciell genannten Sache. Diese Fälle berühren uns also in dem Folgenden nicht weiter.

Die ganze Frage kann vielmehr nur dann entstehen, wenn die rei mentio für das Gerufensein in jeder Beziehung detrahirt wird, die Erbquoten also, unabhängig von dem Werthe der res certae, sich gleichgroß gestalten, sollten auch, wie dieß in fr. 11 D. de her. inst. vorausgesetzt wird, unter den Miterben sich Einige befinden, die als conjuncti anzusehen sind.

In diesen Fällen nun sind bezüglich der Beschränkung der Erben auf die res certae zwei Fragen getrennt zu erörtern: wie sind die res certae selbst zu behandeln, d. h. wie kann es bewirkt werden, daß jeder der Miterben gerade die ihm zugewiesene Sache bekommt? Und dann: wie ist der Rest des durch die res certae etwa nicht erschöpften Vermögens zu behandeln?

I. Behandlung der res certae selbst. In dieser Beziehung muß man davon ausgehen, daß die nächste, juristisch nothwendige, Folge der Aufrechterhaltung der Erbenqualität die ist, daß detracta re die Instituirten auf partes hereditariae gerufen

sind, deren jede sich gleichmäßig über jede einzelne res hereditaria erstreckt, sodaß ein jeder der Erben an jeder res certa einen gleichmäßigen Antheil pro rata hereditaria hat, also jedes einzelne corpus hereditarium als gemeinschaftlich, jede einzelne Forderung ipso jure als getheilt erscheint.

Um nun diesen nächsten Erfolg der detractio rerum im Interesse der voluntas testatoris wieder zu beseitigen, könnte man denken, bei demnächstiger Auseinandersetzung der Erbschaft habe der arbiter familiae herciscundae es so einzurichten, daß er erbvertheilungshalber jedem Erben gerade die res certa, auf welche er ursprünglich instituirt war, zuweist, indem der Theilungsrichter, der ja überhaupt boni viri arbitratu zu verfahren hat, auf diese Weise am meisten der voluntas testatoris entsprechen wird. Allein bei näherer Betrachtung zeigt sich sogleich, daß dieses Mittel nur ein sehr unvollständiges wäre, und zwar aus zwei Gründen: einmal nämlich würde ein solches Verfahren nur dann ausreichen, wenn die Größe der res certae zufällig von der Art ist, daß sie ein solches Einrechnen der Sachen in den detracta re künstlich geschaffenen Erbtheil zuläßt, es kann aber ebensogut sein, daß eine res certa den Werth dieses Erbtheils weit übersteigt, z. B. in dem von Ulpian in fr. 35 pr. D. de her. inst. erwähnten Falle, wenn der eine Erbe instituirt ist auf den fundus Cornelianus, welcher drei Viertheile der Erbschaft beträgt, der andere auf den fundus Libianus, welcher ein Viertheil beträgt, da doch auch hier die Erben aequis ex partibus gerufen sind, bei bloßer Erbtheilung aber kein Erbe mehr bekommen kann, als seiner rata hereditaria entspricht; von solchen Zufälligkeiten der Ausführbarkeit kann eine Rechtsregel für die Behandlung der Beschränkung auf die Sache nicht wohl abhängig gemacht werden. Sodann aber ist zu erwägen, daß die genannte Einrechnung, selbst wo sie sich zufällig ausführen läßt, nicht lediglich dem Ermessen des Theilungsrichters anheim gegeben werden kann; soll bewirkt werden, daß jeder gerade die Sache

zu bekommen hat, auf welche er von dem Erblasser instituirt ist, so muß dieß so gestaltet werden, daß jeder der Erben ein wirkliches Recht auf diese Behandlung erhält, sodaß jeder der Miterben rechtlich verpflichtet ist, sich diese Behandlung gefallen zu lassen, und ebenso der Richter verpflichtet ist, dieselbe zu realisiren.

Gerade dieß nun führt uns auf den richtigen Weg, welchen wir für die Behandlung der res certae in den vorliegenden Fällen von den Quellen eingeschlagen finden.

Daß ein jeder der Miterben ein wirkliches Recht darauf erhält, gerade die res certa, auf welche er instituirt ist, zu bekommen, läßt sich nämlich juristisch nur so construiren, daß angenommen wird, die übrigen Miterben seien ex voluntate testatoris verpflichtet, die auch ihnen an dieser res certa aus dem Erbschaftserwerbe (der ja, wie die Delation, auf die ihnen deductis rebus künstlich geschaffenen gleichen partes hereditariae gerichtet ist) zustehenden Antheile an jenen Miterben zu restituiren, m. a. W., das ganze Verhältniß ist so zu behandeln, als habe der Testator die Erben gehörig eingesetzt, und zwar als heredes sine partibus scripti, zugleich aber einem jeden derselben die res certa, auf welche er ihn instituirt hat, als ein Vorvermächtniß hinterlassen.

Diese Behandlung beruht auf rechtlicher Nothwendigkeit, wenn anders bei Aufrechterhaltung der Zuwendung gerade dieser Sachen keine Singularität entstehen, sondern im Einklange mit den Principien des Erbrechts das, worauf die Erben juristisch gerufen sein müssen, und dasjenige, was sie ex voluntate testatoris bekommen sollen, gehörig fundirt werden soll. Es ist ganz dieselbe Nothwendigkeit, welche in dem Falle, wenn bei dem einzigen eingesetzten Erben die Beschränkung auf die res certa zum Vortheile eines Dritten ausnahmsweise aufrecht erhalten wird, ebenfalls eine Behandlung mit Hereinziehen von Vermächtnißgrundsätzen herbeiführt; die dabei allerdings bezüglich der Art und Weise der Anwendung der Vermächtnißtheorie doch entste-

hende Verschiedenheit hat ihren Grund lediglich in der Verschiedenheit der Fälle; während in den letztgenannten Fällen ein Verhältniß zwischen Universalerben und Nichterben zu beachten war, liegt hier in unseren Fällen ein Miterbenverhältniß vor, und dieses bewirkt, daß die res certae gerade als Vorvermächtnisse zu behandeln sind.

Gehen wir nun davon aus, daß das Zutheilen der Sachen an die auf dieselben Instituirten nur auf diesem juristischen Wege aufrecht erhalten werden kann, so müssen wir zugleich zugeben, daß diese Behandlung so lange in dem Römischen Rechte unmöglich war, als noch die civilrechtlichen legata die einzige Art der Vermächtnisse bildeten, gerade wie wir oben (S. 121) behaupten mußten, daß für diese Zeit die Beschränkung des einzigen Erben auf die ihm zugewiesene Sache, selbst wenn ersichtlich gewesen, zu wessen Vortheil die Beschränkung gelten solle, doch niemals realisirt werden konnte; wir sahen dort, die legata forderten streng formelle Anordnung, und wenn sonach ein legatum nicht wirklich angeordnet war, konnte eine Verfügung auch nicht als Legat behandelt werden.

Dagegen aber müssen wir ferner, eben wieder wie wir es oben in dem ersten Abschnitte schon gethan haben, der später erstarkten Fideikommißtheorie einen Einfluß auf die genauere Behandlung unserer institutio ex re certa zuschreiben. Vermächtnisse konnten schon in der Zeit der classischen Juristen auch in der Form von Fideikommissen errichtet werden [1]), und wie Fideikommisse überhaupt, so konnten auch solche Präfideikommisse sowohl ausdrücklich als auch stillschweigends angeordnet werden; wir müssen daher sagen, seit erstarkter Fideikommißtheorie war es möglich geworden, die res certae

---

[1]) Diesen, aus zahlreichen Stellen erhellenden, Satz hat gegen die abweichende Ansicht Anderer neuerdings sehr gründlich gerechtfertigt v. Buchholtz, Prälegate, S. 245, Note 11 — S. 252.

als stillschweigende Präfideikommisse zu Gunsten derjenigen Erben, welche auf diese res instituirt sind, zu behandeln.

Das bisher in Uebereinstimmung mit allgemeinen Principien des Erbrechts Gefolgerte wird denn auch positiv von den Quellen auf das vollständigste bestätigt.

Daß nämlich in den fraglichen Fällen die res certae:

1) Als Vorvermächtnisse behandelt werden, erhellt zunächst aus dem oben (S. 128. 129) mitgetheilten Inhalte des fr. 35, D. de her. inst. Bezüglich des im princ. dieser Stelle beispielsweise erwähnten Falles, da der eine Erbe auf den fundus Cornelianus, der andere auf den fundus Libianus eingesetzt ist, sagt Ulpian zu Anfang des §. 1, die Erbschaftsschulden seien von beiden pro hereditariis partibus, also pro semisse, zu tragen, fundos etenim vice praeceptionis accipiendos, d. h. eben, die Grundstücke, obwohl nicht ausdrücklich und formell von dem Testator als Vorvermächtnisse angeordnet, seien doch juristisch als solche zu behandeln [2]). Bald darauf weiter sagt Ulpian: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio judicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones. Dieß hat folgenden einfachen Sinn: wenn die Portion des einen Erben so sehr mit Legaten [3]) beschwert ist, daß die Falcidia zur

---

[2]) Also gerade so wie wir oben (S. 98) das quasi ex legato ei acquisita in §. 9 J. de fid. her. (2, 23) zu erklären hatten, weßhalb wir uns auch in dem Falle, wenn der einzige eingesetzte Erbe mit Zurückbehaltung der res certa die hereditas zu restituiren hat, für berechtigt gehalten haben, zu sagen (S. 106, Note 21), der Erbe erhalte die res certa hier vice praeceptionis, indem wir davon ausgingen, daß sich der Anspruch auf die res certa hier als Vorvermächtniß, nicht als simples Vermächtniß realisire.

[3]) In dem vorliegenden Falle mußten nämlich zur Herbeiführung der Falcidia noch andere Vermächtnisse vorliegen, da der fundus Cornelianus,

Anwendung kommt, so wird dadurch auch die dem anderen Erben gebührende res certa (genauer: der Theil derselben, welchen er von jenem ersten Erben jure legali zu erhalten hat) verkürzt, und zwar gerade so, wie wenn ihm dieselbe von dem Testator wirklich als Vorvermächtniß hinterlassen worden wäre, sei es, daß sie als Präfideikommiß, oder in irgend einer der vier Prälegatsformen, also auch in der einer wirklichen praeceptio, angeordnet wäre [4]. — Ferner erhellt in unserer Stelle die Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse daraus, daß am Schlusse des princ. für den fraglichen Fall gesagt wird, der arbiter familiae herciscundae habe einem jeden der Erben den fundus, auf welchen er instituirt sei, zuzuweisen, was nachher auch in §. 2 für den Fall, da der eine Erbe auf das Vermögen in Italien, der andere auf das in der Provinz eingesetzt ist, wiederholt wird. Bekanntlich ist das judicium familiae herciscundae gerade das Rechtsmittel, womit bei Auseinandersetzung der Erbschaft zugleich die Prälegate geltend gemacht werden [5], und daß dasselbe hier wirklich in dieser Eigenschaft, und nicht als Mittel bloßer

---

indem er gerade drei Viertheile der Erbschaft beträgt, für sich allein den auf den fundus Libianus eingesetzten Erben nicht beschwert.

[4]) Diese Auffassung hat neuerdings sehr gründlich dargelegt v. Buchholtz, Prälegate, S. 12—15; er macht mit Recht darauf aufmerksam, daß man der Glosse nicht beistimmen kann, wenn sie 1) zu den Worten si legatum accepisset supplirt: tanquam extraneus, non tanquam heres, da doch einem Nichterben kein Präceptionslegat hinterlassen werden kann (auch sind ja Vorvermächtnisse der Falcidia gerade so gut unterworfen als simple Vermächtnisse); 2) wenn sie zu dem Worte aliud hinzufügt: in fideicommissis, da nicht dieser specielle Gegensatz gemeint ist, sondern überhaupt Andeutung der verschiedenen möglichen Formen wirklich angeordneter Vorvermächtnisse; 3) daß Haloander wohl mit Unrecht die Worte vel etiam praeceptiones mit der Bemerkung haec alias desunt als verdächtig einklammert, indem dieselben wohl schwerlich in irgend einer Ausgabe fehlen, und in der That gar nichts Verdächtiges enthalten.

[5]) Gaj. II §. 219—223. Paul. sent. rec. III, 6. §. 1. Theophilus II, 20. §. 2. — Fr. 22, §. 1, fr. 26. 28 D. fam. erc. (10, 2), fr. 17 §. 2, fr. 67 pr. D. de leg. I. — v. Buchholtz, a. a. O. S. 335—338.

Erbtheilung (sodaß jedem Erben die res certa auf seinen Erbtheil zugewiesen werde) gemeint sei, erhellt namentlich daraus, daß in jenem ersten Falle der eine fundus (Cornelianus) den Erbtheil des Erben, der darauf instituirt ist, weit übersteigt, und er ihm doch adjudicirt werden soll.

Ganz im Sinne dieser Auffassung, wonach die res certae als Vorvermächtnisse gelten, behandelt nun Ulpian in unserer Stelle weiter auch die Einzelngestaltung sowohl des casus propositus (in §. 2 des fr. 35 cit.), als auch (in §. 1) des vorher von ihm beispielsweise angeführten Falles, insbesondere rücksichtlich der Anwendbarkeit der lex Falcidia auf die res certae, sowie rücksichtlich der Frage, wieweit jeder Erbe die Erbschaftsschulden zu tragen habe, und welchen Einfluß diese Schulden auf das Bekommen der res certae äußern. Von diesen und andern einzelnen Anwendungen des bezüglich der Behandlung der res certae geltenden Grundsatzes wird indessen erst weiter unten die Rede sein.

Dagegen ist außer dem bisher betrachteten fr. 35 cit. von Ulpian noch weiter hier vorzuführen der Schluß einer anderen, ihrem Anfange nach bereits oben (S. 132 unten und S. 133 oben) mitgetheilten, Stelle; es ist dieß das fr. 78 pr. D. de her. inst., herrührend von Papinian, aus dem sechsten Buche seiner responsa. Der Erblasser hatte auf sein mütterliches Vermögen, welches in Pannonien lag, einen Freigelassenen, auf sein väterliches, in Syrien gelegenes, Vermögen den Titius eingesetzt; Papinian sagt:

> jure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem, factis adjudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus, sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.

In diesen Worten ist also der Grundsatz ausgesprochen: außer Aufrechterhaltung der Erbenqualität werde neben der rechtlich

nothwendigen Folge derselben (daß jeder der Eingesetzten als Erbe gerufen ist auf die Hälfte der Erbschaft) doch auch der andere Theil der voluntas testatoris, wonach ein Jeder gerade die ihm zugewiesene res certa erhalten solle, realisirt, und zwar dadurch, daß der arbiter familiae erciscundae einem Jeden gerade diese Sache zuzusprechen habe [6]), dieß jedoch salva Falcidia, wobei noch insbesondere die Grundsätze über compensatio legatorum mutuorum zur Anwendung kämen. In dieser letzteren, wie auch in sonstiger [7]) Beziehung werden wir das fr. 78 pr. noch genauer unten (§. 12) zu erörtern haben, hier genügt uns vorerst, auch in dieser Stelle die Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse anerkannt zu sehen; es geht diese Behandlung theils daraus hervor, daß der arbiter familiae erciscundae (von diesem werden ja zugleich mit Auseinandersetzung der Erbschaft die Prälegate geltend gemacht) jene Zutheilungen bewerkstelligen soll, theils daraus, daß die Falcidia, welche bei bloßer richterlicher Erbtheilung nicht vorkommt, als anwendbar bezeichnet wird.

2) Weiter aber ist gewiß, daß diese Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse erst auf den Grund der erstarkten Fideikommißtheorie aufgekommen ist, daß sonach die res certae als verba fideicommissoria, welche den heredum institutiones inserirt sind, also nicht sowohl als eigentliche Prälegate, als vielmehr, genauer gesprochen, als stillschweigende Präfideikommisse aufzufassen sind [8]). Dafür spricht zunächst der bereits oben (S. 146) aus der Strenge der eigentlichen legata, also auch praelegata, hervorgehobene Grund, und hiergegen stehen

---

[6]) Cujacius ad h. l. (in comment. ad Tit. Dig. de her. inst.) sagt daher zu den Worten factis adjudicationibus: „libertus Titio cedet semissem, quem habet in rebus paternis, et vicissim Titius liberto semissem, quem habet in rebus maternis.“

[7]) Dahin wird auch namentlich gehören die Erklärung der Worte: et interpositis propter actiones cautionibus.

[8]) Was uns indessen natürlich nicht hindern soll, in dem Folgenden fortwährend den allgemeinen Namen Prälegate zu gebrauchen.

auch nicht die Worte Ulpian's in fr. 35 §. 1 de her. inst.: „ac si legatum accepisset"; auch ganz abgesehen davon, daß legatum im weitern Sinne der Ausdruck für ein jedes Vermächtniß ist [9]), läßt sich aus diesen Worten weder folgern, daß eigentliche Legate auch da angenommen werden durften, wo sie nicht formell und ausdrücklich angeordnet waren, noch daß die uns hier angehende Behandlung der res certae schon zur Zeit der Alleinherrschaft der Legate bestand, sondern sie sagen nur, in der dort fraglichen Beziehung (Platzgreifen der Falcidia) sei es einerlei, ob die als vorhanden angenommene Anordnung Fideikommiß oder Legat in einer seiner Formen sei, da jedes irgendwie angeordnete Vorvermächtniß der Falcidia gerade so gut unterworfen ist wie ein simples Vermächtniß; überhaupt sahen wir ja schon oben, wie diese Worte nicht auf die Art des angenommenen Vorvermächtnisses, sondern darauf Gewicht legen, daß hier eine Verfügung, welche nicht formell und ausdrücklich als Vorvermächtniß angeordnet ist, juristisch als ein solches behandelt wird.

Ferner wird unsre Behauptung dadurch unterstützt, daß wir für die Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse durchaus keine Stelle aus der Zeit der Alleinherrschaft der Legate in dem Vermächtnißgebiete, oder auch nur aus der Zeit vor erstarkter Fideikommißtheorie haben. Die beiden einzigen Stellen bezüglich des Testamentes eines paganus sind die oben angezogenen fr. 35 und fr. 78 pr. D. de her. inst.; die letztere rührt von Papinianus her, und in der ersteren beruft sich Ulpian bezüglich der fraglichen Behandlung auf die Auktorität Papinian's. — Nun könnte uns eben der Umstand, daß keine dieser Stellen älter ist als Papinian, sowie das Berufen auf denselben von Seiten Ulpian's, verbunden mit der Betrachtung, daß überhaupt viele Fälle stillschweigender Fideikommisse erst seit der Zeit

---

[9]) fr. 87 D. de leg. III. et fideicommissum, et mortis causa donatio appellatione legati continetur.

von Severus und Antoninus, also auch seit Papinian's Zeit, gangbar wurden [10]), zu der Annahme bewegen, gerade Papinianus sei der Begründer jener Behandlung unsrer res certae gewesen, allein eine genauere Betrachtung zeigt, daß dem nicht so ist: Papinian selbst sagt in fr. 78 pr. cit. bezüglich dieser Behandlung: constitit, es war also schon vorher anerkannter Rechtssatz, der überhaupt schwerlich der Auktorität eines einzelnen Juristen seine Entstehung verdankt, wie ja Ulpian selbst vorher in princ. des fr. 35 die Behandlung mit den ganz allgemeinen Worten: dicebam, receptum esse etc. angiebt; besonders aber ist zu beachten, daß für das Testament eines miles schon Gajus (für dessen Zeit wir ganz gut bereits die Möglichkeit stillschweigender Fideikommisse annehmen dürfen) in fr. 17 pr. D. de test. mil. (29, 1) ganz dieselbe Behandlungsart in einem Falle ausspricht, da der miles sämmtliche Erben auf res certae instituirt hatte, und zugleich die res certae das gesammte Vermögen des Testators erschöpften [11]). — In-

---

[10]) S. oben S. 86 Note 25.

[11]) Diese Stelle werden wir unten im zweiten Kapitel näher kennen lernen. Hier nur soviel, als es der gegenwärtige Zusammenhang fordert: es wird mit Recht allgemein angenommen, daß dieselbe nichts als eine Anwendung des bereits jure communi Geltenden auf das Testament des miles ist (Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XLII, S. 93, Note 35), es liegt durchaus kein Grund vor, warum bei dem Soldaten die Behandlung der res certae hier früher stattgefunden haben sollte, als bei dem Nichtsoldaten; daß Papinian in fr. 78 pr. D. cit. mit den Worten beginnt: qui non militabat, kann man namentlich nicht so deuten, als ob er das bisher nur für den Soldaten Geltende auf den Nichtsoldaten ausgedehnt hätte; vielmehr hob er den Umstand, daß es sich um das Testament eines paganus handle, darum hervor, weil wenn ein miles sämmtliche Erben auf res certae instituirt, diese res, wie wir später sehen werden, in der That nicht immer als Vorvermächtnisse behandelt werden (besonders nicht, wenn die res nicht zugleich des Soldaten gesammtes Vermögen erschöpfen, ein Fall, der in fr. 78 pr. cit. sehr wohl angenommen werden kann, da der Testator außer dem väterlichen und mütterlichen Vermögen doch wohl noch eigenes gehabt haben wird), und selbst da, wo auch bei

dessen wenn auch hiernach Papinian nicht als der erste Begründer jener Behandlung angesehen werden kann [12]), so ist es doch wahrscheinlich, daß vorzugsweise er sich mit Detailfragen auf den Grund der bereits anerkannten Behandlungsart beschäftigt hat, und hierauf mag sich das »ut Papinianus ait« des Ulpian beziehen; das Gesagte wird um so wahrscheinlicher, da wir in Behandlung einer unsren institutiones ex re certa ganz ähnlichen Anordnung, welche wir in den nächsten Paragraphen kennen lernen werden, gerade den Papinianus besonders thätig finden. Daß sich nun dennoch in den Pandekten nur eine einzige Stelle von Papinian (fr. 78 pr. cit.) über unsre Frage findet, mag sich daraus erklären, daß sich Ulpian in fr. 35 so ausführlich über unsre institutio ex re certa verbreitet hat, daß die Compilatoren durch Aufnahme dieser letzteren Stelle die Lehre im Ganzen für genügend erörtert gehalten haben.

Gerade durch die Rücksicht, daß die Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse erst auf den Grund der erstarkten Fideikommißtheorie aufgekommen ist, erhalten denn auch die in

---

dem miles die res certae als Prälegate behandelt werden, sind sie doch, wie überhaupt Vermächtnisse der Soldaten, nicht dem Abzuge der Falcidia unterworfen, so daß jedenfalls der Schluß des fr. 78 pr. cit. nur für einen paganus paßt. CUJAC. ad h. l.

[12]) Schon darum ist die Ansicht von CUJACIUS ad l. 35 und l. 78 pr. D. citt. unwahrscheinlich, daß Ulpian in ersterer Stelle sich gerade speciell auf diese letztere von Papinian herrührende Stelle bezogen, also gewissermaßen einen Commentar zu ihr geliefert habe; dieß wird noch unwahrscheinlicher, wenn man bedenkt, daß fr. 78 pr. selbst keine Regel ausspricht, sondern nur einen vorgelegten Fall nach einer bereits bestehenden Regel entscheidet; die Ansicht wird aber geradezu unmöglich, da Ulpian sich speciell bei der Frage nach dem Antheile an den Erbschaftsschulden auf Papinian beruft, gerade rücksichtlich der Erbschaftsschulden aber in dem Falle des fr. 78 pr. (wie wir in §. 12 sehen werden), andere Grundsätze von Papinian vorausgesetzt werden als diejenigen sind, welche in den Fällen des fr. 35 pr. gelten. Wir müssen vielmehr sagen, die Stelle Papinian's, auf welche sich Ulpian beruft, ist uns nicht mehr erhalten.

§. 9 genannten Stellen, fr. 9 §. 13, fr. 10. fr. 11 D. de her. inst. (s. oben S. 133—136) ihr rechtes Licht. Allerdings sagen dieselben lediglich, die Eingesetzten seien in den hier vorausgesetzten Fällen in der Regel als heredes aequis ex partibus zu behandeln, als wären weder Sachen, noch beziehungsweise Theile der Sachen genannt, sie erwähnen nicht zugleich auch, daß hier daneben die res certae als Prälegate zu behandeln seien; allein man würde irren, wenn man glauben wollte, darum fände in den hier vorausgesetzten Fällen die Behandlung der res certae als Prälegate auch wirklich nicht statt, und es sei in letzterer Rücksicht etwa zu unterscheiden zwischen diesen und den in fr. 35 und 78 pr. D. de her. inst. genannten Fällen. Vielmehr verhält sich die Sache so: jene drei Stellen haben gar nicht die Absicht, die Behandlung der fraglichen Institutionen nach allen Seiten hin darzulegen, sie wollen lediglich die Gestaltung der Erbschaftsquoten angeben, da in den hier unterstellten Fällen gerade die Frage zweifelhaft sein konnte, ob auch hier, wie sonst, die Eingesetzten als Erben zu gleichen Theilen gelten sollen; die Antwort auf diese Frage geben sie nun, und zwar gestützt auf die Auktorität des Sabinus, beziehungsweise des Proculus so, wie wir es oben kennen gelernt haben; zur Zeit dieser letztgenannten Juristen war nun allerdings mit der Beantwortung dieser Frage zugleich die ganze juristische Behandlung dieser Fälle abgethan, damals gab es noch keine stillschweigenden Fideikommisse, und eben dieß mochte die Verfasser jener drei Stellen (Javolenus, Ulpian, Paulus) bewogen haben, auch nur diese Seite der Behandlung in das Auge zu fassen; Stellen, welche sich nur auf die Auktorität jener Juristen (Sabinus, Proculus) beziehen, konnten natürlich von der Behandlung der res certae als Prälegate nicht sprechen; dieß hindert aber nicht, daß zur Zeit der Verfasser jener drei Stellen auch in den darin genannten Fällen die res certae als Prälegate aufgefaßt wurden, natürlich mit Ausnahme des am

Schlusse des fr. 9 §. 13 D. de her. inst. enthaltenen Falles, wenn die voluntas testatoris manifestissime dahin geht, daß durch die an der Sache ausgedrückten Quoten zugleich die Quotentheilung seines Vermögens überhaupt bezeichnet sein solle [13] (S. 134). — Gerade der Umstand also, daß bei Relation der Meinung des Sabinus und Proculus nur die eine Seite der Behandlung dieser institutiones (Beschaffenheit der partes hereditariae) hervorgehoben wird, enthält einen weiteren Beweis dafür, daß zur Zeit dieser Auktoritäten die weitere Seite der Behandlung (Auffassung der res certae als Prälegate) noch nicht bestanden hat.

Sowie wir nun oben in dem ersten Abschnitte gesehen haben, daß die juristische Behandlung, welche sich für den Fall, wenn nur ein einziger Erbe, dieser aber auf eine res certa, eingesetzt ist, in dem neuesten Rechte herausstellt, nicht auf einmal entstanden ist, so nehmen wir nach allem Bisherigen auch für den Fall, da sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, eine nur allmählige Wendung und Vervollkommnung der rechtlichen Behandlung wahr. Anfangs, gewiß schon vor Sabinus, wohl schon zur Zeit des Aquilius Gallus, war nur der allgemeine Satz anerkannt: die Erbenqualität wird auch hier aufrecht erhalten detracta rerum mentione, und zwar blieb die rerum mentio in jeder Beziehung unbeachtet, für das Gerufensein (für Qualität und Quantität der Erbtheile) wie für das Bekommen, d. h. gerufen galten die ex rebus certis instituti als heredes aequis ex partibus scripti, und nach dieser Rücksicht bekamen und theilten sie auch unbedingt das Vermögen.

---

[13]) Dieß erkennt schon die Glosse an, s. Gloss. Accursii ad l. 10 D. de her. inst. verb. fundum: „quantum ad partes hereditarias, sed jure praelegationis hoc habent". — S. auch Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XL, S. 182. — Im Falle das fr. 11 D. de her. inst. gelten daher die duo Titii in Bezug auf die insula, auf welche sie instituirt sind, als collegatarii.

Später (Sabinus) faßte man Fälle in das Auge, in welchen es zweifelhaft sein konnte, ob nicht die Absicht des Testators die war, mit Erwähnung der Sachen sollten nur die Quotentheile der Erbschaft überhaupt ausgedrückt sein, und man entschied sich für Anerkennung des natürlichen Satzes, daß, wenn wirklich diese voluntas testatoris manifestissime vorliege, ihr gemäß die Einsetzungen auch zu behandeln seien, womit in diesen Fällen die ganze Sache abgethan war. Für die übrigen (häufigsten) Fälle galt vor wie nach der alte Gesichtspunkt, bis auf den Grund der erstarkten Fideikommißtheorie hier die Neuerung, im Interesse möglichster Berücksichtigung der voluntas testatoris, eintrat, daß die rerum mentio wohl für das Gerufensein, aber nicht mehr auch für das Bekommen detrahirt werden solle, d. h. die Eingesetzten, obwohl als Erben gerufen aequis ex partibus, sollten daneben doch gerade die Sachen, auf welche sie der Testator instituirt hat, als Präfideikommisse, und zwar ganz nach den Grundsätzen der Vorvermächtnisse, bekommen.

II. Für die Fälle dieser letzteren Art haben wir nun weiter die Behandlung des abgesehen von den res certae etwa vorhandenen Activ- und Passiv-Vermögens zu betrachten.

Was zunächst die Erbschafts-Schulden betrifft, so sagt uns Ulpian in §. 1 des fr. 35 D. de her. inst. ausdrücklich, daß dieselben von den Eingesetzten pro hereditariis partibus, also nach Maaßgabe der ihnen detracta rerum mentione künstlich geschaffenen Erbtheile, zu tragen sind.

> Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat; et refert Papinianus, cujus sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos.

Dieß ist nichts als eine nothwendige Folge der Art, in welcher die fraglichen Erbeseinsetzungen aufrecht erhalten werden;

denn es ist ein allgemeiner Satz, daß die Schulden pro rata hereditaria auf die Erben übergehen, da Obligationen, als eng verbunden mit ihren ursprünglichen Subjekten, nur auf diejenigen übergehen, welche mit den ursprünglichen Subjekten juristisch Eine Person werden, und nur soweit sie dieß werden [14]). Darum gilt dieser Satz auch dann, wenn den Erben zugleich Prälegate hinterlassen sind, denn nach Maaßgabe dieser repräsentiren sie den Erblasser nicht, und darum bildet (worauf die Schlußworte der eben erwähnten Stelle hindeuten sollen) der Werth der prälegirten Objekte nicht den Maaßstab für den Antheil an den Schulden [15]). Ob vielleicht doch ausnahmsweise in gewissen Fällen eine andere Haftung für gewisse Schulden auf indirektem Wege herbeigeführt werden muß, soll erst unten bei der Einzelngestaltung (§. 12) gefragt werden; den Grundsatz berührt es nicht, denn es kann nichts unserer institutio ex re certa Eigenthümliches sein, sondern nur durch die etwaige besondere Beschaffenheit der Gegenstände, auf welche die Erben instituirt sind, veranlaßt werden, und zwar dann ganz nach den Grundsätzen, welche überhaupt gelten, wenn Sachen gerade dieser Beschaffenheit wirklich vermacht sind. — Ebenso wird erst weiter unten hervorzuheben sein, daß das Vorhandensein von Erbschaftsschulden auf das Bekommen der res certae denselben Einfluß haben muß, wie auf das Bekommen aller Prälegate.

Ist außer den res certae noch weiteres Activ-Vermögen (corpora oder Forderungen) vorhanden, so versteht es sich zunächst aus der Art und Weise der Aufrechterhaltung unserer Erbes-

---

[14]) v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. XIX, S. 80, Note 3.

[15]) c. 1 C. si certum petatur (4, 2). Neque aequam neque usitatam rem desideras, ut aes alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvatis tu et frater coheres tuus, sed pro aestimatione rerum praelegatarum, quum sit explorati juris, hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere.

einsetzungen, daß auch hierauf die Instituirten gerufen sind. Eine andere Frage aber ist, ob sie dasselbe auch bekommen, oder ob neben der Erbenqualität und dem Zuweisen der res certae die Beschränkung auf dieselben in indirekter Weise aufrecht erhalten wird. Nach allgemeinen Grundsätzen muß man sagen, sie bekommen es, denn es greift auch hier die Regel, welche wir schon in dem ersten Abschnitte kennen gelernt haben, ein: wenn nicht ersichtlich ist, zu wessen Gunsten den Erben eine Beschränkung beigefügt, oder etwas ausgenommen ist (und dieß ist bei einer bloßen institutio ex re certa nicht ersichtlich), so bekommen sie mit Rechtsnothwendigkeit Alles. Eine ausdrückliche Stelle darüber, daß dieser Grundsatz auch hier wirklich gilt, haben wir nun nicht, wohl aber scheint eine Stelle ausdrücklich das Gegentheil zu sagen, also daß in der That die Erben nicht mehr als die ihnen zugewiesenen Sachen bekommen sollen. Es ist dieß der Anfangssatz, womit Ulpian in fr. 35 pr. D. de her. inst., wie einen allgemeinen Gesichtspunkt aufstellend, die juristische Behandlung unserer institutiones ex re certa einleitet.

> Dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem; sed ita, ut officio judicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi.

Gerade weil nun diese so unbedingt ausgesprochenen Worte mit dem vorhin genannten erbrechtlichen Principe in direktem Widerspruche stehen, und es sich darum nicht annehmen läßt, daß dieselben auf unsere Fälle der institutio ex re certa unbedingt angewendet werden können, haben denn manche Juristen die Behauptung aufgestellt, dieser Satz beziehe sich überhaupt nicht auf den Fall, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, vielmehr ausschließlich auf den, unten in dem dritten Abschnitte zu erörternden, Fall, wenn neben anderweit (gehörig) eingesetzten Erben Einer auf eine res certa instituirt sei, denn

hier allein sei es wirklich wahr, daß der so Eingesetzte nichts weiter als seine Sache erhalte [16]). Weil nun aber, auf diesen Fall bezogen, jene Worte außer allem Zusammenhang stehen mit den in fr. 35 pr. cit. unmittelbar darauf folgenden: Ita igitur res accipietur u. s. w., indem sofort zur Erläuterung ein Fall vorgetragen wird, in welchem sämmtliche Miterben auf res certae (der Eine auf den fundus Cornelianus, der Andere auf den fundus Libianus) instituirt sind, und überhaupt nur solche Fälle in fr. 35 cit. besprochen werden, haben einige jener Juristen zugleich weiter behauptet, die Stelle habe erst durch Tribonian und die Compilatoren ihre jetzige Gestalt erhalten, es fehle etwas zwischen beiden genannten Sätzen, und gewiß habe sich ursprünglich Ulpian zwischen denselben mit noch mehr Worten über die Behandlung eines heres ex re certa institutus ausgesprochen [17]).

---

[16]) So Francke, Recht der Notherben S. 339, welcher hiernach diese Worte als einen Hauptbeweis dafür ansieht, daß der heres ex re certa institutus auch in diesen Fällen wirklich als Erbe gelte. Ebenso Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XL, S. 173, Note 11, während er früher in Bd. XXXVI, S. 352, Note 91 der zweiten, oben anzugebenden Ansicht beistimmte.

[17]) So Cujac. Paratitla ad Pand. ad h. l. — Ebenso meint Volkmann diss. de heredibus ex re certa scriptis §. 8, die Stelle könne ursprünglich etwa Folgendes enthalten haben: eine institutio ex re certa gelte überall als institutio utilis, obgleich der Instituirte dann, wenn er mit anderweit Eingesetzten concurrire, so nahe einem Legatar stehe, daß er nichts anders als die res certa erhalte; größer sei die Wirkung, wenn der alleinige Erbe auf eine res certa instituirt sei, denn er erhalte hier das ganze Vermögen, oder wenn mehrere Miterben vorhanden seien, deren jeder auf eine res certa eingesetzt sei, wo dann die Sache so aufzufassen sei, daß sie die res certae als Prälegate erhalten, in das übrige Vermögen aber zu gleichen Theilen succediren, als seien sie sine parte instituirt. — Ferner vermuthet v. Buchholtz, Prälegate, S. 11, Note 54: hinter den Worten ita igitur res accipietur (welche sich allerdings schon ursprünglich an consequi angeschlossen hätten) könne etwa Folgendes ausgefallen sein: si unus ex re certa, alii ex parte sive ex asse sunt heredes scripti. Aliter res se habet, si omnes heredes ex certa re sunt scripti, und nun habe es weiter so geheißen, wie die Stelle sagt: verbi gratia, pone duos esse heredes etc.

— Gerade umgekehrt beziehen Andere [18]) jene Worte ausschließlich auf die Fälle, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, eben weil das ganze fr. 35 cit. lediglich von Fällen dieser Art handelt; damit will indessen keiner dieser Juristen behaupten, daß die Stelle unbedingt und buchstäblich zu verstehen sei, so daß die Erben wirklich von dem etwaigen übrigen Vermögen nichts bekämen, sondern es gibt z. B. v. Löhr jenen Worten den Sinn, daß Jeder in Gefolge seiner institutio ex re certa nur diese res certa erhalte.

Meiner Ansicht nach ist es unzweifelhaft, daß jene Worte sich in der That auf die Fälle beziehen, in welchen sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind; ob sie sich vielleicht zugleich auch auf den Fall beziehen lassen, wenn neben anderweiten Miterben ein heres ex re certa institutus vorkommt, mag hier vorerst auf sich beruhen, da dieß zu eng mit der Frage zusammenhängt, ob hier dieser Instituirte wirklich als ein heres zu betrachten ist, wir werden daher in dieser Rücksicht unten im dritten Abschnitte noch einmal auf unsere Stelle zurückkommen; hier soll nur das behauptet werden, daß die Meinung nicht richtig ist, diese Stelle betreffe lediglich diese Fälle, und sei gar nicht auf die uns in diesem zweiten Abschnitte beschäftigenden Fälle der institutio ex re certa zu beziehen. Zu meiner Ansicht führen aber folgende Betrachtungen. Gehörte die Stelle nicht hierher, so wäre es augenscheinlich höchst auffallend, daß sie sich dennoch hier findet, da die unmittelbar darauf folgenden Worte als Beispiel einen Fall erwähnen, in welchem sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, und überhaupt das ganze fr. 35 cit. sich lediglich

---

[18]) So schon die Glossa ad h. l. verb. „rerum" sagt : et tunc si nullus est alius, hic totum habebit, ut l. 1, §. 4 D. h. t. (de her. inst.). Si vero alius est : aut ex universo, et tunc habebit locum c. 13 C. h. t. (de her. inst.), aut ex re certa, et tunc habet locum, quod hic dicit. — Ebenso v. Löhr in v. Linde's Zeitschr. Bd. XIX, S. 75, Note 2.

mit Fällen dieser Art befaßt. Dieses Auffallende ließe sich nun allerdings durch Annahme eines Tribonianismus wegräumen, allein eine solche Annahme muß auf das Entschiedenste zurückgewiesen werden, und zwar aus zwei Gründen: zunächst wäre das dabei eingehaltene Verfahren so ungeschickt gewesen, daß wir es den Compilatoren unmöglich zutrauen dürfen, sie hätten dann gerade dasjenige weggelassen, was für den Verlauf der Stelle nothwendig und wichtig ist, das Unwichtige aber, und von Ulpian dann nur im Vorbeigehen bemerkte, hätten sie stehen gelassen; sodann aber lag durchaus keine Veranlassung zur Corruption und Abkürzung hier vor, indem, wie schon früher (s. oben S. 127 und 153) bemerkt, dieses umfangsreiche fr. 35 D. de her. inst. gerade darum in die Pandekten aufgenommen zu sein scheint, weil es sich so recht ex professo über die Behandlung der institutio ex re certa verbreitet, es ist nicht wohl denkbar, daß man die darin enthaltenen allgemeinen Grundsätze im Interesse des casus propositus verkürzt oder verändert habe, viel eher hätte ein Motiv vorgelegen, die Erörterungen über die Specialfrage des casus propositus, besonders den Schluß der Stelle abzukürzen, da die dort enthaltenen Grundsätze sich auch anderweit, in der Lehre von den Legaten [19]), angegeben finden. — Liegt sonach durchaus kein Grund zur Annahme eines Tribonianismus vor, so muß die Stelle hierher gehören, das scheinbar Auffallende aber, daß sie dann etwas sagt, was hier nicht unbedingt und allemal wahr ist, verschwindet, wenn man nur in den Worten keinen ausnahmslosen Grundsatz sieht, sondern sie mit der natürlichen Modifikation versteht: „soweit nicht die sonstigen Principien des Erbrechts etwas Anderes mit sich bringen.“ Es ist keine neue Bemerkung, daß die römischen Juristen, so ausgezeichnet ihre Entscheidungen gegebener Fälle sind, doch keineswegs immer in Aufstellung und

---

[19]) Z. B. fr. 86 fin. D. leg. III.

Entwicklung abstrakter Sätze stark waren; oft ist aus anderweit anerkannten Grundsätzen das Nöthige zu suppliren oder zu modificiren. So auch hier; das der Behandlung einer institutio ex re certa eigenthümliche, und darum vorzugsweise wissenswürdige, gibt Ulpian in jenen Worten vollständig an, das sich daran wegen sonstiger allgemeiner Grundsätze nach Lage der Sache modificirende läßt er, als sich von selbst verstehend, gleichsam als anderweit bekannt, weg. Und so ist der Sinn jener Worte der:

> man hat angenommen, der heres ex re certa institutus solle als Erbe wirklich gelten (detracta re), bekommen aber soll er bei der Erbtheilung nicht sowohl den ihm künstlich geschaffenen Erbtheil, auf welchen er detracta re gerufen ist, sondern gerade die res certa, und nur die res certa, dieß letztere jedoch nur soweit, als es sich juristisch construiren läßt, d. h. eben soweit nicht anderweite Principien des Erbrechts entgegenstehen.

Ob, so aufgefaßt, die Stelle vielleicht auch auf den Fall paßt, wenn neben dem ex re certa Eingesetzten andere, gehörig eingesetzte Erben vorhanden sind, ob sie vielleicht sogar als der allgemeine Grundsatz für eine jede institutio ex re certa in dem Testamente eines Nichtsoldaten angesehen werden darf, das soll hier noch nicht entschieden werden, jedenfalls ist das gewiß, daß sie hieher gehört zur Behandlung der Fälle, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, und zwar selbst buchstäblich, wenn die res certae das gesammte Vermögen erschöpfen, und das setzen ja die beiden in fr. 35 cit. behandelten Fälle voraus [20]), weßhalb an Fälle dieser Art Ulpian vielleicht vorzugs-

---

[20]) In dem Beispielsfalle (Einsetzung auf den fundus Cornelianus und Libianus) heißt es ausdrücklich, der eine fundus betrage $^3/_4$, der andere $^1/_4$ der Erbschaft, und in dem casus propositus haben gewiß ebenso die res italicae und provinciales das gesammte Vermögen des Testators erschöpft.

weise gedacht haben mag; ist dagegen ein noch unvertheilter Rest da, so gehört die Stelle darum nicht weniger her, sie ist hier nur mit jener stillschweigenden, durch anderweit anerkannte Grundsätze gebotenen, Limitation zu verstehen.

Es ist denn auch, abgesehen von der Meinungsverschiedenheit darüber, ob jene Stelle wirklich hieher gehört, der Satz an sich allgemein anerkannt, daß, wenn sämmtliche Erben auf res certae, welche das Vermögen nicht erschöpfen, eingesetzt sind, dieselben auch den unvertheilten Rest erhalten. Auch hier übrigens müssen wir im Genaueren sagen, es kommt auf die etwaige besondere Ausdrucksweise dieser institutiones nicht an, es ist namentlich einerlei, ob dieselben angeordnet sind direkt als Einsetzungen auf res certae, oder als Ausschluß von res certae (z. B. A und B sollen meine Erben sein mit Ausnahme meines Hauses), auch hier erhalten in dem letztern Falle nicht die Intestaterben das Ausgenommene als Fideikommiß; es ist ferner einerlei, ob der Testator ausdrücklich das Verbot beigefügt hat, die Eingesetzten sollten nicht mehr als die ihnen zugewiesenen Sachen bekommen, oder nicht; auch hier ist im erstern Falle weder das ganze Testament als nichtig anzusehen, noch darf das Uebrige als Fideikommiß zu Gunsten der Intestaterben aufgefaßt werden. Kurz es kehren auch hier alle diejenigen Bemerkungen zurück, welche wir bereits oben in dem ersten Abschnitte S. 37—46 und S. 64—73 machen mußten, obwohl die dort angeführten Dissentienten ihre Meinungen nur für den Fall angeben, wenn nur ein einziger Erbe, dieser aber auf eine res certa, eingesetzt ist, während sie doch dieselben consequent auch in den Fällen unseres zweiten Abschnittes wiederholen müßten.

Wenn es nun auch nach dem Bisherigen gewiß ist, daß die Instituirten auch den nach Zuweisung der res certae etwa noch vorhandenen Rest des Vermögens bekommen, so läßt sich doch noch weiter fragen, wie, d. h. nach welchem Maasstabe sie denselben bekommen? erhalten sie denselben so, wie sie auf ihn gerufen sind, also pro rata hereditaria, oder aber als Einrechnung,

d. h. in möglichster Ausgleichung des Werths ihres einzelnen Erbtheils, so daß die res certa selbst jeder in seinen Erbtheil einzurechnen hat? Z. B. die Erbschaft beträgt 300, A ist eingesetzt auf ein Grundstück im Werthe von 150, B auf ein anderes Grundstück im Werthe von 50, der unvertheilte Rest also beträgt 100; nach jenem ersten Maasstabe würde von den unvertheilten 100 Jeder 50 erhalten, so daß im Ganzen der A 200, der B 100 hat; nach dem zweitgenannten Maasstabe bekäme B allein die unvertheilten 100, d. h. juristisch aufgefaßt, der A hätte 50 als seine Hälfte an diesem Reste dem B zu überlassen, indem das Unvertheilte als weiteres Vermächtniß zu Gunsten desjenigen zu behandeln wäre, welchem die kleinste res certa zugewiesen ist; hierdurch, so ließe sich zur Rechtfertigung dieser Art der Zuweisung sagen, hätte jeder seine res certa, und jeder doch zugleich seinen Erbtheil, die Hälfte der Erbschaft (150); diese Ausgleichung würde also dadurch erfolgen, daß jeder sich die res certa in seinen Erbtheil einzurechnen, nicht daß er sie außer seinem Erbtheile hat. — Die Quellen geben uns natürlich hierüber keine Entscheidung, da sie, wie oben bemerkt, nicht einmal ausdrücklich sagen, daß die Eingesetzten auch das Unvertheilte bekommen. Meiner Ansicht nach spricht indessen gegen die letztgenannte Behandlung Folgendes: eine solche Ausgleichung ist wohl faktisch und juristisch realisirbar dann, wenn (wie in dem obigen Beispiele) keine der res certae den Werth des Erbtheils übersteigt, allein nicht auch in dem entgegengesetzten Falle; nun können überhaupt die Fälle sehr verschieden sein, von solchen rein faktischen und zufälligen Verschiedenheiten der Größe des Werths der res certae kann aber eine Verschiedenheit der juristischen Behandlung nicht wohl abhängig gemacht werden; ferner ist eine solche Behandlung auch sonst bei den Prälegaten nicht Regel, und insbesondere finden wir bei einer letztwilligen Anordnung, welche, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, unsern institutiones ex re certa ganz ähnlich ist, nämlich bei der divisio bonorum, daß eine solche Behandlung wohl vor-

kommen kann, aber dieselbe nur dann angenommen wird, wenn es der Erblasser ausdrücklich so angeordnet hat, indem sonst, also im Zweifel, die Erben das Unvertheilte pro rata hereditaria bekommen; ein Grund, warum es hier anders sein sollte, ist aus keiner etwaigen Besonderheit unserer institutiones ex re certa ersichtlich. Es ist daher unzweifelhaft, daß auch unsere Eingesetzten den Rest so bekommen, wie sie auf ihn gerufen sind, also pro rata, so daß sie denselben ganz jure hereditario erhalten, während sie die res certae (als Prälegate) theils jure legati, theils jure heredis inne haben.

Auch hier ist übrigens eine Bemerkung anzuwenden, welche wir oben in dem ersten Abschnitte ausführlich erörtert haben. Wir sahen in dem Bisherigen: ist noch ein unvertheilter Rest des Vermögens vorhanden, so läßt sich die Beschränkung der Eingesetzten auf die res certae bei einer bloßen institutio ex re certa nicht aufrecht erhalten, dieß aber nur darum, weil nicht ersichtlich ist, zu wessen Gunsten diese Beschränkung gelten soll. Gerade deßhalb müssen wir nun aber auch hier weiter sagen: wenn zugleich aus einer sonstigen Willenserklärung des Erblassers erhellt, wer das Uebrige erhalten soll, so wird diese Beschränkung allerdings aufrecht erhalten, und zwar nach den Grundsätzen der Vermächtnisse. Dieß nicht bloß dann, wenn das Unvertheilte anderen Personen ausdrücklich vermacht ist, sondern auch, wenn ohne ausdrückliche und formelle Errichtung eines Vermächtnisses doch zugleich aus dem die institutiones ex re certa enthaltenden Testamente oder aus einer andern Willenserklärung des Testators ersichtlich ist, zu wessen Gunsten die Beschränkung der Eingesetzten auf die res certae gelten soll, wo dann die Grundsätze stillschweigender Vermächtnisse eintreten. Es kehren daher auch hier alle diejenigen Fälle wieder, welche wir in dieser Beziehung bereits in dem ersten Abschnitte (S. 91 und 92) kennen gelernt haben, und insbesondere hat es keinen Anstand, daß der in §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und in fr. 29 D. ad Sct. Treb. enthaltene Fall

der institutio ex re certa in einem zweiten Testamente (s. oben S. 74 ff.), auch dann, wenn er hier vorkommen sollte, eine gleiche Entscheidung herbeiführen muß; allerdings spricht das in jenen Stellen referirte Rescript von Severus und Antoninus nur von einem Falle, in welchem das spätere Testament die Einsetzung nur eines einzigen Erben enthält, allein eben weil es nur ein Rescript ist, konnte es nur von dem zur Entscheidung vorgelegten Falle sprechen, die ratio dagegen ist dieselbe, auch wenn mehrere Miterben, und zwar sie sämmtlich auf res certae, in dem späteren Testamente eingesetzt sind. Dieß finden wir ausdrücklich dadurch bestätigt, daß die Basiliken (oben auf S. 77 citirt), indem sie den der kaiserlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Rechtssatz ohne Erwähnung des Rescriptes selbst und des darin enthaltenen Falles allgemein aussprechen, ausdrücklich und ohne Bedenken auch von mehreren heredibus ex re certa institutis reden. — Sowie hier dieselben Fälle stillschweigender Fideikommisse denkbar sind wie oben in dem ersten Abschnitte, so tritt auch hier dieselbe rechtliche Behandlung dieser Fälle ein, wie wir sie dort (§. 7) kennen gelernt haben; auch hier also wird es darauf ankommen, ob die institutiones ex re certa direkt als Einsetzungen auf res certae, oder aber als Ausschließung von res certae angeordnet sind; in dem letzteren Falle liegt ein stillschweigendes Singular-Fideikommiß des Ausgenommenen zu Gunsten eines Dritten vor, in dem ersteren Falle dagegen haben die Eingesetzten die hereditas, beziehungsweise ihre portiones hereditariae, an den Dritten zu restituiren, und behalten die res certae als, ihnen aus der Erbschaft zurückgelassene, Singular-Vermächtnisse (vice praeceptionis) zurück, so daß sie dann auch hier wie bloße Legatare aus dem ganzen Verhältnisse hervortreten.

Ueberblicken wir alle bisherigen Erörterungen (§. 9. 10) über den für die Behandlung des Falles, wenn sämmtliche Erben auf res certae instituirt sind, geltenden Grundsatz, so ist derselbe dahin zusammenzufassen: auch hier gelten die Eingesetzten jedesmal detracta

rerum mentione als Erben, gerufen zum universum jus defuncti, im Weiteren aber kommt es darauf an: liegt offen und entschieden die Absicht des Testators vor, mit der rerum mentio die Quotentheilung seines Vermögens überhaupt bezeichnen zu wollen, so bestimmen sich demgemäß die Erbschaftsquoten nach dem Maaßstabe des Werths der res certae im Verhältnisse zu dem Werthe der ganzen Erbschaft; auf die so ermittelten Erbschaftsquoten sind die Eingesetzten gerufen, und diese bekommen sie auch; damit ist die ganze Behandlung dieser Fälle abgethan. Liegt dagegen jene Absicht nicht unzweifelhaft vor, dann sind die Eingesetzten zur Erbschaft gerufen aequis ex partibus (soferne nicht mehrere derselben auf ein und dieselbe res certa gerufen sind, wo sie dann auch bezüglich der Erbschaft selbst als conjuncti gelten), dagegen bekommen sie gerade die ihnen zugewiesenen res certae bei der Erbtheilung als Prälegate (stillschweigende Präfideikommisse), und zwar ganz nach den Grundsätzen der Prälegate; ebenso bekommen sie das außer den res certae etwa noch übrige Vermögen, und zwar pro rata hereditaria, es sei denn, daß zugleich aus einer sonstigen Willenserklärung des Testators erhellt, zu wessen Gunsten sie auf die res certae beschränkt sein sollen, wo dann diese Beschränkung in vorhin genannter Art auf dem Wege der Vermächtnißtheorie aufrechterhalten wird.

§. 11.

Fortsetzung. (Vergleichung mit der divisio bonorum.)

Betrachten wir nun den gewöhnlichen, eigentlich allein einer eigenthümlichen Behandlung bedürfenden, Fall unserer institutio ex re certa, wenn nämlich der Erblasser nicht die bloße Absicht hatte, mit der rerum mentio die Quoten der Erbschaft überhaupt bezeichnen zu wollen, und halten dabei im Auge, daß diese Anordnung rechtlich so aufgefaßt wird, als habe der Testator neben (gehöriger) Institution mehrerer Erben zugleich auch durch Vor-

vermächtnisse bestimmt, was jeder derselben bekommen soll, wie die materiellen Vermögensbestandtheile unter sie vertheilt sein sollen, so führt uns schon dieß von selbst darauf, eine gewisse Aehnlichkeit zwischen dieser institutio ex re certa und einer anderen, häufig vorkommenden, letztwilligen Disposition wahrzunehmen, nämlich der divisio bonorum.

Es wird daher ganz am rechten Orte sein, den materiellen Gehalt und die rechtliche Behandlung auch dieser letzteren Verfügung hier etwas näher in das Auge zu fassen, um darauf hin genauer zu bestimmen, worin (bezüglich Anordnung und rechtlicher Behandlung) das Aehnliche und das Verschiedene beider Dispositionen besteht. Es wird sich zeigen, daß durch die so gewonnenen Resultate sich nicht nur der Grundsatz, welchen wir bisher für die Auffassung unserer res certae entwickelt haben, noch weiter bestätigt findet, sondern daß auch insbesondere für die Detailbehandlung (§. 12) uns auf diesem Wege gar mancher Anhaltspunkt an die Hand gegeben wird.

I. Nicht bloß den Eltern unter Kindern, sondern einem jeden [1]) Erblasser, sofern er überhaupt letztwillig verfügen kann, ist es gestattet, eine divisio bonorum unter seinen erwarteten Erben anzuordnen [2]); er ernennt sich hierdurch keine Erben, setzt viel-

[1]) In der Regel freilich erwähnen die Quellen die Theilung der Eltern unter Kindern, allein in folgenden Stellen findet sich die divisio auch für andere Erben: fr. 33 D. fam. ercisc. (10, 2). fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9)., c. 10 C. fam. erc. (3, 36), c. un. C. de incert. pers. (6, 48), c. 1 C. de except. (8, 36). Auch Nov. 89, cap. 12, §. 3 gehört hieher, denn sie spricht nur von liberi naturales.

[2]) Es wird hier natürlich eine solche Anordnung vorausgesetzt, welche sich erst nach des Erblassers Tode realisiren soll, nicht auch die (bei uns häufige) Güterabtretung unter Lebenden, welche übrigens, insbesondere für Kinder, schon im Römischen Rechte (als widerruflich) erwähnt wird. c. 2 C. Th. fam. erc. (2, 24), s. auch c. 30 C. J. de pactis (2, 3). — Ueber den Fall, wenn der Erblasser in ein Kloster tritt, s. Nov. 5, cap. 5. Nov. 123, cap. 38.

mehr die Frage, welche Personen ihn beerben werden, als anderweit bestimmt voraus, sei es als bestimmt durch Testament [3]) (er kann dieses Testament schon früher [4]) errichtet haben, aber auch in dem jetzt zu errichtenden mit den Erbeseinsetzungen zugleich [5]) die divisio bonorum vornehmen), oder sei es als bestimmt demnächst durch die Grundsätze der Intestaterbfolge [6]), er vertheilt vielmehr nur unter diese seine erwarteten Erben sein Vermögen. Er ordnet also dadurch nicht an, auf was seine künftigen Erben jure heredis gerufen sein sollen (denn sowie er hier die Delation selbst als anderweit herbeizuführend voraussetzt, so muß er auch die rechtlich nothwendige Folge der Delation, die

---

[3]) Viele wollen nur einem ab intestato versterbenden Erblasser die divisio bonorum gestatten, allein gegen die Quellen, denn die Stellen der Note 1 setzen geradezu fremde Erben, welche also nur durch Testament berufen sein können, voraus, und unter Kindern wird erwartete Intestat-Erbfolge zwar in der Regel unterstellt, allein eben so gut findet sich, daß sie in einem Testamente eingesetzt sind, so in fr. 39, §. 5 D. fam. erc. (10, 2). fr. 90, §. 1 D. de leg. I. Nov. 18, c. 7 gibt sogar den Rath, ein Testament zu machen. S. auch Nov. 107, cap. 1. — Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLII, S. 232, Note 73; v. Buchholtz, Prälegate, S. 235, Note 25.

[4]) Dieß findet sich in fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[5]) So in fr. 33 D. fam. erc. (10, 2), c. 10 C. eod. (3, 36), c. 1 C. de except. (8, 36). Nov. 89, cap. 12, §. 3. Ja der Erblasser kann die divisio zuerst anordnen, und sie später in einem Testamente confirmiren, fr. 39, §. 5 D. fam. erc. (10, 2). — Zu eng drückt sich daher Göschen (Vorlesf. über das gem. Civilr. Buch V, §. 902, S. 297) aus, wenn er sagt: wer erben solle, werde bei der divisio bonorum als schon anderweit bestimmt vorausgesetzt, als bestimmt entweder durch ein früheres Testament, oder durch die Gesetze der Intestat-Erbfolge.

[6]) Burchhardi, Syst. u. innere Gesch. des Röm. Privatr., §. 346 i. A. u. S. 1168, Note 89 nimmt an, außer für Kinder sei bei der Intestat-Erbfolge dem Erblasser keine divisio gestattet, allein für diese Beschränkung spricht weder ein innerer Grund, noch ein Quellenzeugniß, wenn auch freilich keins ausdrücklich dafür ist. Das allerdings versteht sich von selbst, daß der Erblasser auch hier bestimmte Personen als seine erwarteten Erben vor Augen haben muß.

Art des Gerufenseins, voraussetzen und unverändert lassen), sondern er verfügt nur, was die Erben materiell bekommen sollen; gerade darum wird er in der Regel die durch die demnächstige Delation entstehenden Erbschafts-Quoten, die partes hereditariae, unverändert lassen [7]), er wird nur die materiellen Vermögensbestandtheile, bona in diesem Sinne, res hereditariae, vertheilen, wie auch die Quellen gerade dieß immer voraussetzen [8]), und dabei sagen, der Erblasser anticipire durch solche Disposition gewissermaßen das Geschäft des Erbtheilungsrichters [9]).

Vorausgesetzt zu einer solchen Theilung wird, daß nicht nur, wie natürlich, mehrere Erben erwartet werden, sondern daß

---

[7]) Ob es nicht vielleicht dennoch rechtlich angehe, auch die partes hereditariae bei einer Theilung zu modificiren, soll erst unten am Ende dieses Paragraphen gefragt werden.

[8]) Dieß nicht bloß wenn die Theilung in Form von Legaten geschieht, wo es sich von selbst versteht, z. B. fr. 33 D. fam. erc. (10, 2), sondern auch wo sie in Form von Fideikommissen oder mit simpeln Theilungsworten vorgenommen ist, z. B. fr. 20, §. 3 D. eod. (onera aeris alieni pro modo possessionem distribuit — bona divisit); f. 39, §. 1 D. eod. (praedia et patrimonium divisit); fr. 39, §. 5 D. eod. (bona divisit, praedia assignavit); c. 10 C. cod. (certae possessiones); c. 1 C. de except. (nomen adscripserat in divisione). Recht deutlich wird es auch ausgesprochen für Verfügung der Eltern unter Kindern in Nov. 18, cap. 7 und Nov. 107, nämlich nur allein in cap. 1 der Nov. 107, wo von dem Testamente der Eltern unter Kindern die Rede ist, wird von unciae geredet, in quibus scripsit eos heredes, dagegen überall sonst, wo von bloßer divisio die Rede ist, heißt es in Nov. 18, cap. 7 res suas distribuere, substantiam dividere, descriptionem facere rerum, quas partiri voluerit, ebenso in cap. 1 der Nov. 107 wird gesagt: wenn der Erblasser aber in dem Testamente außerdem (außer den Erbeseinsetzungen) auch noch eine rerum divisio vornehmen wolle u. s. w., und in cap. 3 derselben Nov. heißt es wieder von der divisio: res suas distribuere, bonorum divisio. — Ebenso deutlich heißt es bezüglich der liberi naturales in Nov. 89, cap. 12, §. 3: liceat etiam in duodecim uncias liberos scribere (es wird hier ausdrücklich vorausgesetzt, daß der Erblasser ein Testament errichtet habe) atque inter eos eo quo volunt modo res dividere.

[9]) fr. 33 D. fam. erc. (10, 2), c. 8 pr. C. de inoff. test. (3, 28), c. 21 C. fam. erc. (3, 36): si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater declaraverit.

auch entweder an Jeden [10]), oder doch an Mehrere derselben [11]) Erbschafts-Objekte ausgetheilt werden, denn wird bloß einem Einzigen ein Objekt besonders zugewiesen, so ist dieß schon nach natürlicher Betrachtung keine Theilung zu nennen [12]). Rücksichtlich der Objekte ist gleichgültig, ob das gesammte Vermögen vertheilt wird, oder ob ein Rest unvertheilt bleibt [13]), ob ferner dem Quantum nach die Theile von gleicher, oder (selbst wenn die Erben auf gleichgroße partes hereditariae gerufen werden) von ungleicher Größe sind, ebenso kommt auf die Qualität der res hereditariae nichts an, nicht bloß Aktiva (körperliche Sachen wie Forderungen), sondern auch Schulden [14]) können vertheilt werden. Angeordnet kann die Theilung werden entweder in

---

[10]) Dieß findet sich am häufigsten in den Quellen, in c. 10 C. fam. erc. (3, 36) heißt es ausdrücklich: inter omnes heredes, sonst gewöhnlich (bei Theilung unter Kindern) allgemein inter filios, in filios: fr. 20 §. 3, fr. 32, fr. 39 §. 1. 5 D. fam. erc. (10, 2), fr. 77 §. 8 fin. D. de leg. II. fr. 23 D. de adim. (34, 4). c. 8 C. de inoff. test. (3, 28). Ebenso drücken sich ganz allgemein aus: c. 16, 21, 26 C. fam. erc. (3, 36). Nov. 89 cap. 12 §. 3. Nov. 23 cap. 38. fr. 90 §. 1 D. de leg. I. fr. 34 §. 3 D. de leg. III.

[11]) So werden in Nov. 107 c. 1 die Fälle, wenn unter allen und wenn nur unter einigen Kindern getheilt wird, ausdrücklich auf Eine Linie gestellt.

[12]) Fälle, in welchem nur einem Einzelnen der Erben etwas besonders zugewendet wird, kommen allerdings vor, sowohl in Form von Vermächtnissen, fr. 77 §. 8 D. de leg. II: evictis praediis, quae pater — — verbis fideicommissi filio reliquit — als auch mit simpeln Worten angeordnet, fr. 20 §. 5 D. fam. erc. (10, 2): si uni ex heredibus onus aeris alieni injungitur citra speciem legati —; wieweit die Behandlung solcher Fälle und der eigentlichen divisio dieselbe oder eine verschiedene ist, wird sich noch weiter unten zeigen.

[13]) Für jeden dieser Fälle finden sich schon in den bisher mitgetheilten Stellen hinreichende Belege, s. z. B. Nov. 18 cap. 7: si quis velit bona sua inter liberos distribuere, vel omnia, vel etiam quaedam praecipua relinquere.

[14]) Für alle diese Objekte finden sich Beispiele in den in Note 8 auf Seite 170 cit. Stellen.

einem Testamente (dieß natürlich nur für Testamentserben zugleich mit ihren Institutionen), oder in einem Codicille [15]) (dieß sowohl für bereits instituirte Testaments- wie für Intestaterben), und für die Theilung der Eltern unter Kindern sind ganz besonders formfreie Dispositionen gestattet [16]). Was endlich die Ausdrucksweise der Zuweisung betrifft, so kann der Erblasser die zu vertheilenden Objecte ausdrücklich als Legate [17]) oder als Fidei-

---

[15]) Man sagt (z. B. Fritz, Test. der Eltern unter Kindern §. 5, Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLII, S. 164, 165), eine divisio bonorum, auch wenn sie nicht von Eltern, sondern von anderen Erblassern angeordnet sei, habe ursprünglich gar keiner Form bedurft, auch ganz abgesehen von der damaligen Formlosigkeit der Codicille, denn divisiones seien keine Codicille gewesen, und man streitet nur darüber, ob, nachdem die Codicille an die Form der Zuziehung von fünf Zeugen gebunden sind, diese Form auch für solche divisiones nöthig sei? Gegen diese Auffassung aber ist zu bemerken: es ist nicht erwiesen, daß Erbtheilungen anderer Personen als Eltern keiner Form bedurft haben, d. h. auch ohne Codicill oder Testament gültig waren, vielmehr mußten sie entweder mit der Erbeseinsetzung im Testamente oder in einem Codicille geschehen, dieß bezeugen alle Stellen, welche wir für solche Theilungen haben (citirt oben Seite 168, Note 1), denn in fr. 33 D. fam. erc. (10, 2) ist die Theilung ausdrücklich in Legatsform gekleidet, in fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9) heißt es ausdrücklich, die Theilung habe in einem späteren Codicille stattgefunden, in c. 10 C. fam. erc. (3, 36) und in c. 1 C. de exc. (8, 36) wird der Theilende ausdrücklich testator genannt. Daraus geht hervor, daß trotz der damaligen Formlosigkeit der Codicille die Theilung doch nicht ohne alle Form war, denn man muß sich nur erinnern, daß die Römer unter codicillus nur eine schriftliche Willenserklärung verstanden; schriftlich also mußte die Theilung geschehen, wenn sie nicht mit einem mündlichen Testamente verbunden war, die Theilung sine scriptura in fr. 20 §. 3 D. fam. erc. wird hier nur bei einer Theilung unter Kindern erwähnt, daß und warum für diese etwas Besonderes schon zur Zeit der juristischen Classiker galt, wird sich unten zeigen. — Mußte sonach die Theilung anderer Erblasser als Eltern schon früher in einem Testamente oder Codicille geschehen, so versteht es sich von selbst, daß sie, wenn sie nicht im Testamente geschieht, im neuesten Rechte unter Beobachtung der unterdeß aufgekommenen Codicillarform angeordnet werden muß.

[16]) Nov. 18 cap. 7. Nov. 107.

[17]) fr. 33 D. fam. erc. (10, 2): si paterfamilias singulis heredibus

kommisse [18]) zuwenden, oder aber simple Theilungsworte gebrauchen; gerade dieß letztere ist das Gewöhnliche [19]).

II. Hat nun der Erblasser eine divisio bonorum unter seinen erwarteten Erben vorgenommen, so ist die rechtliche Gestaltung folgende.

Die nächste Folge ist die, daß bei des Erblassers Tode die Erben zur Erbschaft gerufen sind pro rata hereditaria [20]), und in derselben Art auch erwerben, nicht bloß das etwa Unvertheilte wird von einem Jeden nach dieser Rate erworben, sondern die Erbschaft überhaupt, auch die res divisae selbst; so daß die einem Einzelnen zugewiesenen Forderungen und Schulden zunächst dennoch unter Allen pro rata hereditaria getheilt, die einem Einzelnen zugewiesenen corpora aber pro rata hereditaria Allen gemeinschaftlich sind [21]). Dieß folgt ganz natürlich daraus,

---

fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit. — fr. 90 §. 1 D. de leg. I. plane si pluribus filiis institutis inter eos verbis legatorum bona diviserit —. fr. 34 §. 3 D. de leg. III : — quum singulis certa praedia et calendaria praelegassit —.

[18]) Dahin gehört nicht sowohl der Anfang des fr. 77 §. 8 D. de leg. II, denn hier liegt nur ein einzelnes Fideikommiß, keine Theilung, vor (s. Note 12 auf Seite 171), wohl aber das in der vorigen Note cit. fr. 34 §. 3 D. de leg. III, worin es weiter heißt : a te autem, fili carissime, peto, —

[19]) Beispiele der dafür in den Quellen vorkommenden Worte s. in den Stellen der Note 8 auf Seite 170.

[20]) Gleiche Theile brauchen dieß natürlich weder bei der testamentarischen, noch bei der Intestaterbfolge zu sein; bei den Testamentserben sind es partes aequales, wenn der Testator sie nicht ausdrücklich ex disparibus partibus (wie z. B. in fr. 3 §. 4 D. ad Sct. Treb.) instituirt hat, bei Intestaterben sind es nach Verschiedenheit der Fälle Kopftheile, Stammtheile, Linealtheile, und so versteht es sich, daß die Worte der c. 21 C. fam. erc. : — pro virili praeterea portione eorum, qui nulli generaliter vel specialiter adsignaverit, facta divisione — nur so zu nehmen sind, daß dieses Rescript einen Fall vor Augen hat, da die Erben überhaupt auf gleiche Theile berufen waren.

[21]) Wenigstens wenn wir vorerst von dem Falle absehen, wenn das corpus mit den Wirkungen eines Vindicationslegat dem einzelnen Erben zugewendet ist.

daß eine divisio über das Berufensein zur Erbschaft gar nichts bestimmt, und nichts bestimmen kann, dieses vielmehr als anderweit bestimmt voraussetzt; sowie die Delation und die zu deferirenden partes hereditaria durch die rerum divisio unberührt bleiben, so muß auch der Erwerb der Erbschaft zunächst ganz ohne Rücksicht auf die vorhandene divisio nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Erbrechts stattfinden. Erben werden sonach die Gerufenen auf ihre partes hereditariae.

Gerade damit hängt aber auf das Genaueste zusammen, daß nun weiter die den Einzelnen von dem Erblasser durch die divisio zugewiesenen res hereditariae als Vermächtnisse, und zwar als wechselseitige Vorvermächtnisse, rechtlich in Betracht kommen.

Dieß versteht sich zunächst in denjenigen Fällen von selbst, in welchen der Erblasser durch ausdrückliche Anordnung von Legaten oder Fideikommissen (Note 17 und 18 auf S. 173) seine Vermögensbestandtheile vertheilt hat, hier bedarf es nicht einmal einer besondern juristischen Construktion, um sie als Vermächtnisse zu behandeln.

Aber auch wenn, wie gewöhnlich, die divisio nur mit simpeln Theilungsworten angeordnet ist, muß auf das Entschiedenste die Vermächtnißnatur der res divisae behauptet werden; sie gelten, obwohl nicht ausdrücklich und formell als Vermächtnisse angeordnet, doch vermöge juristischer Construktion als solche, sie werden als stillschweigende Vorvermächtnisse behandelt.

Dafür spricht:

1) zunächst mit Rechtsnothwendigkeit die Natur der Sache; denn läßt die Theilung die Delation, die Erbquoten, und den der Delation entsprechenden Erwerb der Erbschaft unberührt, so kann sie juristisch keinen anderen Sinn haben, als daß, wenn Aktiva (corpora oder Forderungen) Einem besonders zugetheilt sind, diesem die übrigen Miterben die intellektuellen resp. reellen An-

theile, welche zunächst auch ihnen an diesen Sachen durch den Erbschaftserwerb de jure zugefallen sind, abtreten, und daß, wenn ein Passivum Einem ausschließlich, oder auch nur anders, als die partes hereditariae bewirken würden, zugewiesen ist, dieser Eine nun auch diejenigen Antheile der Schuld, welche den übrigen Miterben aus dem Erbschaftserwerbe auﬂiegen, bezahle. Beides aber ist nicht anders juristisch zu realisiren, als durch Auffassung der Theilung als Vermächtnisse (verba fideicommissaria), im ersteren Falle zu Gunsten desjenigen Miterben, welchem das Aktivum zugewiesen ist, im zweiten Falle zu Gunsten der Miterben (als legatum liberationis), und zur Last desjenigen, dem die Schuldenzahlung auferlegt ist.

2) Die Wahrheit unserer Behauptung folgt ferner daraus, daß, sowie in manchen Stellen da, wo der Erblasser die res ausdrücklich vermacht hat, gesagt wird, er habe dadurch eine divisio vorgenommen [22], so auch umgekehrt in mehreren Fällen, in welchen simple Theilungsworte ohne ausdrückliche Anordnung von Vermächtnissen gebraucht sind, die zugetheilten Sachen im Laufe der Untersuchung dennoch ausdrücklich Vermächtnisse genannt werden. So wird in fr. 23 D. de adimendis (34, 4) von Papinian eine Theilung so erzählt: pater inter filios facultatibus divisis filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit (diese Worte sind so allgemein gehalten, daß ausdrückliche Anordnung eines Fideikommisses daraus nicht ersichtlich ist), im Verlaufe wird nun das mit der unterdessen noch bei Lebzeiten des Vaters eingegangenen Primipilarforderung von ihm erkaufte Grundstück, das darum die Tochter bis zum Belaufe von 300 aurei, statt dieser selbst, haben soll, als fidei-

---

[22]) So in fr. 33 D. fam. erc. (10, 2) und fr. 90 §. 1 D. de leg. I (beide citirt in Note 17 auf Seite 172); ebenso in fr. 3 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36, 1): datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset.

commissum bezeichnet. Ferner sagt Papinian in fr. 77 §. 8 D. de leg. II von einer Theilung zunächst allgemein: — si tamen inter filios divisionem fecit (worin wieder keine Vermächtnißform erwähnt ist), nennt aber darauf die Antheile der Miterben an der einem Erben zugewiesenen Sache geradezu: partes praelegatae. Ebenso generell spricht in fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9) Papinian zuerst von der Theilung: si bonorum inter heredes divisionem defunctus codicillis fecerit, während er nachher das hier einem Erben zugewiesene Objekt legatum nennt. — Bei der Fassung dieser Stellen vermag ich nicht v. Buchholtz[23]) beizustimmen, welcher annimmt, es sei hier die Bezeichnung von Vermächtniß als von dem Erblasser selbst geschehen anzunehmen, vielmehr gehören die Ausdrücke fideicommissum, partes praelegatae und legatum lediglich dem Verfasser dieser Stellen an, und zeigen eben, daß die Zuweisungen, auch wenn sie von dem Erblasser nicht ausdrücklich in Vermächtnißform gekleidet sind, dennoch rechtlich als Vermächtnisse bezeichnet und behandelt werden.

3) Endlich spricht für unsere Auffassung der Umstand, daß auch bei den mit simpeln Theilungsworten angeordneten divisiones ganz die Grundsätze der Prälegate, insbesondere auch die der wechselseitigen Prälegate, gelten. So kann eine divisio nur in derselben Willensordnung und Form angeordnet werden, in welcher diesen Personen auch ein wirkliches Vermächtniß zugewendet werden kann, was indessen erst weiter unten näher begründet werden soll. So findet ferner zur Realisirung der divisio wie bei allen Prälegaten das judicium familiae erciscundae statt [24]), und ebenso sind diese Zuwendungen dem Abzuge

---

[23]) Prälegate, S. 241, 242.

[24]) z. B. c. 16, 21, 26 C. fam. erc. (3, 36). Liegt indessen ein Fall vor, in welchem die res divisa die Wirkung eines Vindicationslegats haben kann [was, eben auf die Vermächtnißnatur der res divisae hin, seit Justinians c. 1 C. comm. de leg. et fid. (6, 43) unabhängig von der Wort-

der quarta Falcidia gerade so gut unterworfen wie wirkliche Vermächtnisse; dieß wird uns gesagt sowohl für derartige Theilungen anderer Erblasser als Eltern [25]), als auch der Eltern unter Kindern; die Kinder brauchen die Theilungen nur unter Wahrung der quarta Falcidia anzuerkennen [26]), was, solange Pflichttheil und Quart von gleicher Größe war, ohnedieß schon soviel hieß, als, es darf der Pflichttheil dadurch nicht verletzt sein [27]), was man aber seit Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18, cap. 1 geradezu auch so ausdrücken muß, es muß ihnen der Pflichttheil unverkürzt bleiben. Wie ferner bei allen Prälegaten [28]), so auch ist bei simpeln Theilungen ein zugetheiltes Objekt, welches mit einem Pfandrecht belastet ist, auf Kosten der Erbschaft von den vincula pignoris zu befreien, und so lange bis dieß geschehen, darf der Erbe, dem das Objekt zugewiesen ist, die von ihm den Miterben abzutretenden Antheile an andern Erbschaftssachen retiniren [29]). Endlich wie bei allen Wechselvermächt-

---

form der Anordnung überall eintritt, wo die Sache im Eigenthume des Erblassers steht, und dieser sofortiges Eigenthum daran übertragen wollte, v. Löhr Mag. Bd. IV, S 37 ff.], so erwirbt derjenige, welchem die Sache zugetheilt ist, dieselbe sofort mit dem Erbschaftserwerbe zum alleinigen Eigenthum, so daß sie nicht erst im jud. fam. erc. ihm adjudicirt zu werden braucht. v. Buchholz, Prälegate S. 305 ff.

[25]) fr. 20 §. 5 D. fam. erc. (10, 2). fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9). c. 10 C. fam. erc. (3, 36).

[26]) c. 21 und 26 C. fam. erc. (3, 36).

[27]) c. 8 pr. C. de inoff. test. (3, 28). c. 16 C. fam. erc. (3, 36).

[28]) Gaj. II, §. 220. fr. 28 D. fam. erc. (10, 2).

[29]) Ausdrücklich wird uns dieß freilich nur in einem Falle gesagt, da das Objekt durch förmliche Anordnung eines Legats zugetheilt ist, fr. 33 D. fam. erc. (10, 2), allein daß es bei einer mit simpeln Theilungsworten getroffenen divisio ebenfalls gilt, dürfen wir argum. e contrario schließen aus fr. 39 §. 5 D. eod.; daß es in dem darin enthaltenen Falle (welcher eine simple Theilung enthält) nicht gilt, hat seinen Grund lediglich in der besonderen Art, wie das Pfandrecht auf das Objekt gekommen ist, liegt eine solche Besonderheit nicht vor, so muß auch bei simpler Theilung

nissen [30]), so findet auch bei simpeln Theilungen gelegentlich des Abzugs der quarta Falcidia die sog. compensatio legatorum mutuorum statt [31]).

Liegt noch ein durch die divisio nicht erschöpfter Rest des Vermögens vor, so ist es Regel, daß sämmtliche Erben denselben pro rata hereditaria unter sich vertheilen [32]). Anders aber muß sich dieß gestalten, wenn der Erblasser ausdrücklich verordnet hat, die Erben sollen sich die einzelnen ihnen zugewiesenen Sachen in ihren Erbtheil einrechnen. Dieser Fall kommt in den Quellen selten vor, meines Wissens nur einmal in fr. 21 §. 5 D. de annuis leg. (3, 31): Pater duos filios aequis ex partibus instituit heredes, majorem et minorem, qui etiam impubes erat; et in partem ejus praedia certa reliquit, — auch sagt diese Stelle nicht, welche Grundsätze hier gelten sollen, sondern beschäftigt sich in ihrem ferneren Verlaufe mit einer anderen, uns hier nicht weiter interessirenden, Frage. Allein nach dem ganzen Zusammenhange mit der Behandlung von Theilungen ist eine solche Zuweisung als ein doppeltes Vermächtniß aufzufassen: zunächst nämlich ist die zugewiesene Sache für denjenigen, welchem sie zugewiesen ist, Vorvermächtniß in dem bisher für Theilungen überhaupt gemeinten Sinne, d. h. die Miterben haben ihm ihre Antheile an der Sache abzutreten; sodann aber liegt auch zu Gunsten dieser Miterben ein Vermächtniß in dem Sinne vor, daß denselben derjenige, welchem jene Sache zugewiesen ist, soviel von dem Werthe seiner Erbportion abzugeben hat, als der Werth der an ihn abgetretenen Theile der zugewiesenen Sache beträgt,

---

der Satz des fr. 33 cit. gelten, sonst wäre die in fr. 39 §. 5 aufgeworfene Frage überhaupt müssig. S. auch Fritz, Test. der Eltern unter ihren Kindern, S. 14. 15.

30) fr. 22 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2).

31) fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

32) fr. 32 D. fam. erc. (10, 2). fr. 34 §. 3 D. de leg. III. c. 21 C. fam. erc. (3, 36).

denn nur wenn die Sache in dieser Art ausgeglichen wird, kann man sagen, jene Sache sei ihm in seinen Erbtheil eingerechnet worden. Allerdings bekommt derselbe hierdurch an Werth im Ganzen nicht mehr, als, auch abgesehen von der divisio, der Werth seiner Erbportion beträgt, allein mit dem Unterschiede, daß er ex voluntate testatoris das bestimmte Recht darauf hat, daß ihm bei Auseinandersetzung der Erbschaft gerade die bestimmte, von dem Erblasser zugewiesene, Sache zu Theil werde, welches Recht er ohne diese Theilungsordnung des Erblassers bei Auseinandersetzung der Erbschaft nicht hat, vielmehr hier mit einer jeden von dem Theilungsrichter nach dessen Ermessen angeordneten Theilung, wenn sie nur dem Werthe seiner Erbportion entspricht, zufrieden sein müßte. — Sollte in unserem Falle die ihm von dem Erblasser zugewiesene Sache etwa mehr werth sein als seine Erbportion, so erhält er natürlich dieses plus des Vorvermächtnisses ex voluntate testatoris über seinen Erbtheil hinaus, denn diese Sache soll er ja jedenfalls bekommen.

Die in dem Bisherigen ausgeführte Ansicht, daß die res divisae, selbst wenn sie nicht in Form ausdrücklicher Vermächtnisse, sondern nur mit simpeln Theilungsworten zugewiesen sind, doch rechtlich als (stillschweigende) Vorvermächtnisse zu behandeln sind, ist denn auch im Ganzen immer die herrschende gewesen [33]. In neuerer Zeit aber hat sich dagegen erklärt Mühlenbruch [34]), indem er (zunächst nur für die divisio parentum inter liberos, allein es liegt kein Grund vor, warum er dasselbe nicht auch für die Theilungen anderer Erblasser gelten lassen sollte) folgende Meinung aufstellt: freilich bekämen die einzelnen Erben die ihnen zugetheilten Sachen kraft der Anordnung des Disponenten, und, soferne keine Gleichheit beobachtet sei, erhielten diejenigen, welchen

---

[33]) S. die bei Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLII, S. 241, Note 97, und bei v. Buchholtz, Prälegate, S. 233, Note 18 Citirten.

[34]) In Glück's Comm. Bd. XLII, S. 240—242.

mehr zugewiesen sei, dieses Mehrere allerdings als ein „praecipuum“, deßhalb aber dürfe die Meinung nicht für richtig gehalten werden: divisionem a parente factam instar esse praelegati, sondern es sei eben nur ein „praecipuum“.

Zunächst, noch ehe wir Mühlenbruch's Gründe hören, ist nicht zu verkennen, daß seine so ausgesprochene Ansicht von vornherein in doppelter Beziehung an einer Unbestimmtheit leidet: einmal nämlich, was soll mit dem Ausdrucke praecipuum [35]) gemeint sein, auf welchem rechtlichen Fundamente soll es beruhen, nach welchen rechtlichen Grundsätzen soll es beurtheilt werden? Diese Frage läßt Mühlenbruch unerörtert, er gibt statt dessen zwei Unterschiede zwischen praecipuum und eigentlichem Vorvermächtnisse an, welche unten (Nummer 3, 4) geprüft werden

---

[35]) Das Wort praecipuum findet sich allerdings in den Quellen, allein nur in der allgemeinen Bedeutung eines zum Voraus Bekommens, so daß das rechtliche Fundament und die Behandlung dieses Voraus immer erst aus dem Rechtsverhältnisse, mit welchem es in concreto zusammenhängt, zu ermitteln, und hiernach nicht immer gleich ist. So soll das, was ein servus communis ex re alterius dominorum erwirbt, von letzterem mit der actio communi dividundo als ein praecipuum verlangt werden dürfen, fr. 45 D. de acq. rer. dom. (41, 1); — der Emancipirte soll dasjenige, was ihm vom Vater dignitatis nomine gegeben oder versprochen ist, propter onera dignitatis als ein praecipuum, frei von Collationspflicht, haben, fr. 1 §. 16 D. de collat. (37, 6); — das peculium castrense wird rücksichtlich der väterlichen Erbschaft und der Collationspflicht ein praecipuum genannt, fr. 1 §. 15 D. eod., fr. 23 §. 2 D. de fideic. libert. (40, 5), fr. 4 pr. D. de castr. pec. (49, 17); — was den Kindern a materna linea zufällt, soll denselben nach des Vaters Tode ein praecipuum sein, und nicht von den Miterben der väterlichen Erbschaft vindicirt werden können c. 2 C. de bon. mat. et mat. gen. (6, 60); — das praelegatum dotis wird ein praecipuum der Frau genannt in fr. 2 §. 1 D. de dote prael. (33, 4); — ebenso das Pekulium, welches der Vater in einer epistola seinem Sohne gelassen hat, fr. 89 pr. D. de leg. II; — und von der Theilung der Eltern unter Kindern selbst heißt es in Nov. 18 cap. 7: si quis velit bona sua inter liberos distribuere, vel omnia, vel etiam praecipua quaedam relinquere (ἢ καί τινα τυχὸν καταλιπεῖν ἐξαίρετα), womit gemeint ist, daß Ein Kind oder Einige noch außer ihrem Erbtheile etwas erhalten soll, ohne daß über die juristische Behandlung dieses plus etwas gesagt ist.

sollen. Sodann aber ist nach Mühlenbruch das Zugewiesene nur dann ein praecipuum, wenn in dem Zutheilen keine Gleichheit beobachtet ist, wie aber soll es sein, wenn eine Gleichheit wirklich beobachtet ist, auch hier bedarf doch die Behandlung der divisio einer Zurückführung auf rechtliche Grundsätze; diese gibt er für diesen Fall nicht an, und doch kann auch hier die Realisirung der Theilung (daß die Miterben die ihnen aus dem Erbschaftserwerbe zustehenden Antheile an der dem Einzelnen zugewiesenen Sache abzutreten haben) offenbar wieder nur auf die Theorie der Vorvermächtnisse gestützt werden; ein Vorvermächtniß erfordert nicht nothwendig ein plus im Effekt, sondern nur dann, wenn nur Einem der Miterben ein Prälegat außer seinem Erbtheile zugewendet ist, während bei gegenseitigen Vorvermächtnissen der Effekt der divisio vollkommen dem Werthe der Erbquoten entsprechen kann.

Was nun Mühlenbruch's Gründe selbst betrifft, so sagt er:

1) Wirkliche Vorvermächtnisse könnten, wie Vermächtnisse überhaupt, nur in einem Testamente oder Codicille errichtet werden, dagegen eine bloße Erbtheilung auch außer Testament und Codicill; darum erhielten die res divisae, selbst wenn sie ausdrücklich als Vermächtnisse bezeichnet, aber in bloßer Erbvertheilung angeordnet seien, nicht die Eigenschaft wahrer Vermächtnisse; Anordnung von Vermächtnissen überschreite die Gränze bloßer Erbvertheilungen. — Allein zunächst für die divisio anderer Personen als Eltern wurde bereits oben (S. 172, Note 15) erwiesen, daß die Quellen dieselbe immer nur als in einem Testamente oder Codicille angeordnet erwähnen; wir sind nicht (besonders nicht durch Hereinziehen von Stellen, welche eine Vertheilung unter Kindern vor Augen haben) zu der Annahme berechtigt, sie hätte auch in anderer Form, oder ohne alle Form, geschehen können. Dagegen die Theilungen der Eltern (anfangs nur des Vaters) unter Kindern konnten allerdings

auch außer Testament und Codicill vorgenommen werden, dieß aber nur aus dem Grunde, weil überhaupt Fideikommisse des Vaters zu Gunsten der Kinder, qualiscunque verbis voluntas expressa sit [36]), galten, und gerade

[36]) PAUL. sent. rec. IV, 1 §. 11 : Filio quibuscunque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur : sufficit enim inter conjunctas personas quibuscunque verbis, ut in donatione, voluntas expressa. In diesem Satze (ob derselbe vielleicht auch von Einfluß auf die Anerkennung der Convalescenz von Schenkungen des Vaters an Kinder mit dem Tode des letzteren war, soll hier unerörtert bleiben) finde ich, eben wenn man bedenkt, daß die res divisae als Vermächtnisse zu behandeln sind, die ganze Erklärung darüber, daß vom Vater ausgegangene Theilungen in der Form ihrer Anordnung begünstigt waren. Ich fasse die allmählige Gestaltung dieser besonders freien Anordnungen so zusammen :

1) Schon zur Zeit der juristischen Classiker konnte der Vater, obwohl natürlich auch Fälle vorkommen, daß er jure communi in einem Testamente (fr. 90 §. 1 D. de leg. I, fr. 34 §. 3 D. de leg. III) oder Codicille (fr. 39 §. 1 D. fam. erc.) theilt, die divisio jenem Satze zufolge ohne alle Form anordnen, es genügte, daß sein Wille und dessen Aeußerung erweislich war. Darin liegt nicht sowohl das als etwas besonderes, daß es (wie Fritz, Test. der Eltern unter Kindern §. 8, glaubt) auf die Fassung des Wortsausdrucks nicht ankam, indem ihm die sonst gewöhnlichen Fideikommißworte rogo, velo, mando etc. (PAUL. sent. rec. IV, 1 §. 6) erlassen waren, denn man muß im Auge behalten, daß auch andere Erblasser mit simpeln Theilungsworten die divisio anordnen durften, vielmehr liegt das Besondere gerade in der Form : er durfte theilen auch in einer epistola, welche nicht als Codicill gelten sollte (fr. 89 pr. D. de leg. II), er durfte sine scriptura theilen (fr. 20 §. 3 D. fam. erc.), während die Codicille, wie Wort und alle Stellen voraussetzen, schriftlich waren (ebenso galten wohl Aeußerungen des Vaters, wie seine Kinder theilen sollten, auch wenn er sie nicht den Kindern selbst, sondern andern Personen gegenüber gethan hatte, sofern sie nicht einen bloßen Plan, sondern seinen wirklichen Willen bezeichneten, und beides, Wille und Aeußerung, erweislich war). Nur eine Anwendung, nicht etwas Neues enthält c. 16 C. fam. erc. von Diokletian und Maximinian : — sed et si tam circa testamentum, quam circa codicillos judicium deficiat (d. h. nicht, wenn die Verfügung zwar als Testament oder Codicill beabsichtigt war, aber wegen eines Formfehlers nicht als solches bestehen konnte, sondern wie Mühlenbruch a. a. O. S. 155 und die auf S. 156 Note 5 Citirten mit Recht bemerken : auch wenn der Vater weder Testament noch Codicill beabsichtigt hat) verum quibuscunque verbis voluntas ejus declarata sit — — judicem sequi voluntatem patris oportere juris auctoritate significatur (diese letzteren Worte sagen aber

diese Herleitung enthält einen Grund weiter für die Richtigkeit unserer Ansicht, daß die vertheilten Sachen als Vermächtnisse aufzufassen sind. Was nun die von Justinian in Nov. 18

---

nicht, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 156. 157. 164 und Andere annehmen, es sei dieß ein Satz des jus commune auch für andere Erblasser, es ist vielmehr im Vergleich zu der Art, wie diese letzteren eine Theilung und überhaupt Vermächtnisse anordnen dürfen, gerade contra rationem juris, wohl aber Folge dessen, was nach obigem Satze überhaupt über Vermächtnisse des Vaters zu Gunsten des Sohns Rechtens ist). — Ebenso ist eine Folge davon, wenn dieselben Kaiser in c. 21 C. eod. sagen: si — pater communis judicio suo vel qualicunque indicio suam declaravit voluntatem.

2) Constantin bestimmt in c. 1 C. Th. fam. erc. (2, 24), ausgehend von dem unter 1 erwähnten jus singulare (das er auch im Anfang der Verordnung als unzweifelhaft erwähnt) das noch vortheilhaftere und wahrhaft neue: wenn der Vater unter seinen Kindern ein eigentliches Testament beabsichtigt, und schriftlich aufgesetzt habe, dieses aber nicht zu Recht bestehen könne als Testament, so solle die Verfügung dennoch, obwohl dieß gegen das bisherige Recht gehe, aufrecht erhalten bleiben (gewiß als Intestat-Codicill), aber auch nur für die Kinder; Verfügungen zu Gunsten Anderer sollten darin nicht zu Recht bestehen, s. auch c. 26 C. J. fam. erc. (3, 36). — Während Constantin hier nur von väterlichen Descendenten gesprochen hatte, dehnte:

3) Theodos II. in Nov. lib. I, tit. 16 (c. 21 C. J. de testam. 6, 23) es auch auf die Mutter im Verhältnisse zu ihren Kindern aus; erst von jetzt an kann man von besonders begünstigten Verfügungen der Eltern (vorher bloß des Vaters) unter ihren Kindern sprechen.

4) Justinian hielt die bis dahin geltenden Grundsätze (Nummer 1) doch für zu gefährlich, und gerade zu Streitigkeiten und Ungewißheiten Veranlassung gebend, er gibt daher eine bestimmte Form: a) in Nov. 18, cap. 7 empfiehlt er den Eltern, welche eine Theilung vornehmen wollen, als das Beste, ein Testament zu errichten; weil aber dieß nicht immer möglich sei, so solle eine bloße Theilung dann zuläßig sein, wenn die Eltern dieselbe schriftlich getroffen, und entweder selbst unterschrieben haben, oder durch die Kinder unterschreiben haben lassen. b) Später in Nov. 107 kommt er auf seinen alten Gedanken, am rathsamsten sei ein Testament, wieder zurück, er gibt daher zunächst (cap. 1) eine besonders freie und bequeme Testamentsform den Eltern, für den Fall aber, daß sie nicht testiren wollen, gestattet er ihnen (cap. 3) vor wie nach in Gemäßheit der Nov. 18, cap. 7 eine rerum divisio vorzunehmen. — Jenes ist ein privilegirtes Testament (Mühlenbruch a. a. O. S. 203 ff.), die Verfügung nach Nov. 18, cap. 7 aber ein privilegirtes Codicill.

c. 7 für die divisio parentum inter liberos vorgeschriebene Form betrifft, so kann man dieselbe ganz wohl ein für diesen Zweck gegebenes privilegirtes Codicill nennen, allein wenn man auch dieß nicht will, so liegt doch, wenn erwiesen ist, daß vor Justinian diese Zutheilungen als Vermächtnisse galten, kein Grund vor, ihnen jetzt in dieser neuen Form die Vermächtnißnatur abzusprechen, mögen sie darin mit simpeln Theilungsworten oder ausdrücklich als Vermächtnisse angeordnet sein; es ist dann eine privilegirte Form für gerade diese, des Erblassers Kinder betreffenden, wenn auch nicht für sonstige Vermächtnisse.

2) Weiter sagt Mühlenbruch (S. 142, Note 99), es werde in fr. 77, §. 8 D. de leg. II ausdrücklich ein Vermächtniß der divisio entgegengesetzt durch die Worte: evictis praediis, quae pater — verbis fideicommissi filio reliquit, — — si tamen inter filios divisionem fecit, —. Allein diese Stelle beweist nicht, daß eine divisio etwas anderes als Vorvermächtniß ist, sondern umgekehrt, daß nicht jedes Vorvermächtniß eine divisio ist, die Stelle beweist, daß nicht Zuweisung an einen Einzigen, sondern nur Zuweisung an alle oder doch an mehrere Erben eine Theilung genannt werden kann (s. oben S. 171, Note 10—12); der Gegensatz liegt also in den Worten filio und inter filios, nicht aber in den Worten verbis fideicommissi und divisionem, zumal da wir ja auch aus anderen Stellen (S. 172, Note 17, S. 173, Note 18) wissen, daß eine divisio ebensogut unter ausdrücklicher Anordnung von Vermächtnissen geschehen kann, sowie auch umgekehrt Zuweisung an einen Einzigen nicht nothwendig in Vermächtnißform gekleidet werden muß [37]); überdieß wird in unserer Stelle selbst das durch divisio Zugewiesene nachher partes praelegatae genannt.

3) Damit bringt Mühlenbruch in Verbindung, aus dem-

---

[37]) fr. 20, §. 5 D. fam. erc. (10, 2) — si uni ex heredibus — onus aeris alieni injungitur citra speciem legati.

selben fr. 77, §. 8 cit. [38]) erhelle, daß zwischen Vorvermächtniß und bloßer Erbtheilung (praecipuum) ein rechtlicher Unterschied hinsichtlich der Eviktionsverbindlichkeit bestehe. Allein ganz abgesehen davon, ob man den in dieser Stelle erwähnten Anspruch ein Recht auf Eviktionsleistung nennen kann, ist zu bemerken, daß die Verschiedenheit der hier angegebenen rechtlichen Grundsätze wieder nicht auf dem Gegensatze von Vorvermächtniß und Erbtheilung beruht, sondern auf dem Gegensatze einer einzelnen und mehrerer gegenseitigen Sonderzuwendungen (mag man dieselben nun praecipua oder Prälegate nennen). Die Stelle sagt: ist nur einem einzelnen Miterben ein Vermächtniß besonders zugewendet, so kann derselbe im Falle der Eviktion des Objekts, welches der Erblasser für das seinige gehalten hat, Schadloshaltung nicht verlangen, hat dagegen der Erblasser sein Vermögen vertheilt, so daß gegenseitige Abtretungen von partes hereditariae an den zugewiesenen Sachen (welche partes hier ausdrücklich prälegirt genannt sind) nöthig werden, so braucht im Falle der Eviktion eines Objekts derjenige, welchem es zugedacht war, das seinerseits den Miterben Abzutretende nicht eher herauszugeben, bis dieselben auch ihm soviel gegeben haben, als er judicio patris erhalten soll, und zwar weil dieß die conjectura voluntatis patris mit sich bringt. — Ob dieß auf den Fall einer divisio bonorum zu beschränken, oder aber auf alle gegenseitigen Vorvermächtnisse anzuwenden ist, berührt uns hier nicht, hier geht uns nur das an, daß aus dieser Stelle kein Unterschied eines praecipuum und eines Prälegats erhellt.

4) Eine zweite materielle Verschiedenheit zwischen der Erbtheilung als praecipuum und eigentlichem Vorvermächtnisse will

---

[38]) Die Stelle lautet: evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit; si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservare.

Mühlenbruch (a. a. O. S. 242) in Beziehung auf die Frage finden, ob die Miterben außer ihrem Pflichttheile auch noch die Falcidische Quart abziehen dürfen; aus dem Gesichtspunkte einer bloßen Erbtheilung betrachtet, sei dieß zu verneinen, hier genüge es, wenn Jeder nur seinen Pflichttheil frei habe, wogegen, wären die durch Erbtheilung festgesetzten praecipua wahre Prälegate, es wenigstens bestritten sei, ob nicht schon nach Römischem Rechte außerdem noch die Falcidische Quart Platz greife. Allein: a) gesetzt, es sei wahr, von einem Prälegate und Vermächtnisse überhaupt könne schon nach Römischem Rechte der Pflichttheilsberechtigte neben dem Pflichttheile auch noch die quarta Falcidia abziehen, so ist gar nicht einzusehen, warum er dieß nicht gerade so gut von Mühlenbruch's praecipuum abziehen könnte. Bekanntlich kann die Falcidia abgezogen werden nicht nur von wahren Vermächtnissen, ursprünglich nur von Legaten [39]), seit dem Sct. Pegasianum auch von Fideikommissen [40]), sondern seit Septimius Severus auch von den mortis causa donationes [41]), und ebenso von den durch den Tod des Schenkers convalescirenden donationes inter virum et uxorem [42]), ja seit Justinian sogar von demjenigen, was der Erbe conditionis implendae causa zu geben hat [43]); welche eigenthümliche Verfügung soll nun Mühlenbruch's praecipuum, also eine Erbtheilung, sein, daß sie allein von dem Abzuge der Quart frei wäre? b) Sodann aber müßten nach Mühlenbruch bei anderen Erblassern als Eltern die res divisae doch ebenso gut wie bei Kindern nicht als Prä-

---

[39]) Gaj. II, §. 227. Ulp. XXIV, §. 32, pr. J. de leg. Falc. (2, 22), fr. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2).

[40]) Gaj. II, §. 254, §. 5 J. de fid. her. (2, 23).

[41]) c. 5 C. ad leg. Falc. (6, 50), c. 2 C. de mort. caus. don. (8, 57).

[42]) fr. 32, §. 1 D. de don. inter vir. (24, 1), c. 12 C. ad leg. Falc. (6, 50).

[43]) c. 18 C. ad leg. Falc. (6, 50).

legate, sondern als praecipua gelten, folglich auch hier vom Abzuge der Quart frei sein; nun aber finden wir bei solchen anderen Erben die res divisae ausdrücklich der lex Falcidia unterworfen, (s. die Stellen der Note 25 auf S. 177), ein Beweis, daß die von Mühlenbruch praecipua genannten Zuweisungen kein Hinderniß am Quartabzuge sein können, daß also dieser auch den Kindern zu statten kommen müßte, wenn überhaupt der doppelte Abzug von Pflichttheil und Quart einem Pflichttheilsberechtigten gestattet wäre. c) Aber auch bei Kindern selbst finden wir, daß geradezu gesagt wird, sie hätten die Theilungen unter Wahrung der Falcidia anzuerkennen [44]), dieß aber ist nicht bloß ein anderer Ausdruck für Pflichttheil, sondern war, soferne der Pflichttheilsberechtigte zugleich Erbe war, und an seinem Erbtheile, soferne nicht dieser für sich schon so gering war, daß er den Pflichttheil verletzte, zu sehr durch Vermächtnisse beschwert war, geradezu die einzige juristische Construktion des Abzugs und der Salvirung des Pflichttheils [45]), so lange letzterer noch ein Viertel der Intestatportion betrug. d) Endlich aber ist (wenn man den von uns geführten Beweis, daß Erbtheilungen allerdings wahre Vermächtnisse sind, weiter benutzt) gerade der Umstand, daß gesagt wird, die Kinder hätten die elterliche Theilung unbedingt zu respektiren, wenn ihnen nur der Pflichttheil frei sei, ein Beweis mehr für die Unrichtigkeit der Ansicht, daß jemals in dem Römischen Rechte dem Pflichttheilsberechtigten jener doppelte Abzug von Vermächt-

---

[44]) c. 10 C. fam. erc. (3, 36) : — exemplo Falcidiae retentionis habita ratione; c. 26 C. eod. servato Senatusconsulti auxilio defuncti dispositio custodiatur.

[45]) fr. 8, §. 3 D. de inoff. test. (5, 2) : unde si quis fuit institutus forte ex semisse, quum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, merito dicendum est, nullum judicium movere quum debitam portionem et ejus fructus habere possit; fructus enim soleri in Falcidiam imputari non est incognitum.

nissen gestattet gewesen sei, eine Berechtigung, die nicht nur in keiner Stelle bezeugt ist, gegen welche vielmehr der Inhalt aller Stellen, welche veranlaßt gewesen wären, diesen Punkt zu berühren [45a]), und die ganze ratio des Pflichttheilsrechts spricht, welche offenbar keine andere ist, als die : sowie der Testamentserbe ein Viertel seiner testamentarischen Erbportion ex lege Falcidia frei hat, so soll auch gewissen nächsten Intestaterben, obwohl der Erblasser berechtigt ist, ihnen ihr eventuelles Intestaterbrecht zu entziehen, doch ein Viertel desjenigen, was sie als Intestaterben erhalten haben würden, conservirt bleiben. — Nach kanonischem Rechte freilich, welches den Pflichttheil aus dem Gesichtspunkte einer Erbschaftsschuld betrachtet, ist jener doppelte Abzug bei Vermächtnissen gestattet [46]), aber ebendeßhalb muß er seitdem auch bei Erbtheilungen gestattet sein, soferne nicht anderweite Gründe vorliegen, aus welchen hier der Quartabzug dennoch als unzulässig erscheint, worauf wir in §. 12 zurückkommen werden.

Soweit die Gründe Mühlenbruch's; in neuester Zeit hat v. Buchholtz [47]), obwohl er, wie wir unten sehen werden, mit Mühlenbruch's Ansicht nicht völlig übereinstimmt, zunächst noch folgende weiter möglichen Gründe für dieselbe angeführt :

1) Die Quellen sagen, das, was der Erblasser mit der Theilung beabsichtige, sei dasselbe, was der arbiter fam. erc. zu thun habe (s. oben Note 9 auf S. 170); so wenig nun dadurch, daß ein solcher Schiedsmann dem einen Erben diese, dem andern

[45a]) Paul. sent. rec. IV, 5, §. 5. — fr. 8, § 8. 9. 11 D. de inoff. test. (5, 2), c. 31 C. eod. (3, 28).

[46]) c. 16, 18, X de test. III, 26. Roßhirt, Vermächtnisse, Bd. I, S. 549. — Zwar schon das Römische Recht nennt den Pflichttheil eine portio debita (c. 36, §. 2 C. de inoff. test., Nov. 1 praef. §. 2 Nov. 18 praef.), allein eben nur in dem Sinne, daß er nicht entzogen werden darf, nicht auch in dem Sinne, daß das, was man erbt, nur in dem nach Abzug des Pflichttheils Uebrigen besteht, wie gerade die vorhergehende Note beweist, dort wird der Pflichttheil ebenfalls portio debita genannt, und doch nur einfacher Abzug der Quart gestattet.

[47]) Prälegate S. 236 ff.

jene Erbschaftssache zuweist, diese Sachen unter dem Titel von Vermächtnissen den Erben zufielen, ebensowenig könnten sie, wenn der Erblasser selbst die Theilung angeordnet habe, zu Vermächtnissen werden.

Dieser angeregte Zweifel beseitigt sich aber einfach; der Unterschied zwischen beiden Fällen ist der: der Theilungsrichter setzt die Erbschaft lediglich dadurch auseinander, daß er die Erbquoten in reelle Werthe verwandelt, wie er dieß thut, was er dem Einzelnen zutheilt, darin hat er freie Hand, sofern er nur die Größe der pars hereditaria einhält; dagegen bei der von dem Erblasser ausgegangenen Theilung hat jeder Erbe dem Theilungsrichter wie den Miterben gegenüber ex voluntate defuncti das bestimmte Recht, daß ihm gerade die Sache, welche ihm der Erblasser zugewiesen hat (die überdieß größer und kleiner als seine pars hereditaria sein kann), zu Theil werde; schon oben aber wurde bemerkt, juristisch realisiren läßt sich dieß nicht anders als durch Behandlung der res divisae als Vermächtnisse.

2) Die Objekte der Vertheilung seien nicht bloß Aktiva, sondern zulässigerweise auch Schulden [48]; Schulden-Anweisung an einzelne Erben aber sei mit dem Begriffe eines Vermächtnisses als einer donatio testamento relicta unvereinbar.

Allein die einfache Beseitigung dieses Einwurfes liegt darin, daß, wie schon oben (S. 175) bemerkt, der Erbe, welchem die Schuldenzahlung aufgebürdet ist, gar nicht als der Honorirte, sondern als der Gravirte gilt, als honorirt dagegen hier die übrigen Erben erscheinen [49], diese Schuldenzutheilung also aus

---

[48]) fr. 20, §. 3, §. 5, fr. 39, §. 5 D. fam. erc. (10, 2), fr. 34, §. 3 D. de leg. III.

[49]) Man muß sich erinnern, wie frei die verba fideicommissaria sein dürfen, die voluntatis intentio entscheidet, nicht an wen der Erblasser die Bitte gerichtet hat. Z. B. fr. 108, §. 14 D. de leg. I: non autem mirandum, si, quum alius rogatus sit, alius fideicommisso obstringatur; — ferner fr. 69 pr. D. de leg. II: ibi fideicommissum petitur ab his, cum quibus testator non est locutus, und viele andere Stellen.

dem Gesichtspunkte eines legatum liberationis zu betrachten ist [50]), wie dieß denn auch in den Quellen [51]) geschieht; bei Beurtheilung des hier eintretenden Verhältnisses gelten nämlich ganz die gewöhnlichen Vermächtnißgrundsätze, besonders der Satz, daß Niemand mehr gravirt werden kann, als er honorirt ist, und das Recht der quarta Falcidia [52]).

Was nun die Meinung von v. Buchholtz selbst betrifft, so gibt er sie, wie Mühlenbruch nur in Bezug auf die Theilungen der Eltern unter Kindern, und zwar dahin an: die vertheilten Objekte seien nur dann Vorvermächtnisse, wenn der Erblasser die Vertheilung in einem Testamente oder Codicille vorgenommen habe (als Codicill sei übrigens auch die von Justinian in Nov. 18, cap. 7 vorgeschriebene Form dann zu betrachten, wenn hier die Theilung zugleich von mindestens fünf

---

[50]) Dagegen kann es nicht als eine Aufklärung des Verhältnisses vom juristischen Standpunkte aus angesehen werden, wenn v. Buchholtz (S. 237, Note 31) gegen das wegen der Schuldenzutheilung von ihm erhobene Bedenken das hervorhebt, daß der Erblasser gewiß nicht einem einzelnen Erben keine Erbschaftssachen, sondern bloße Schulden zuweisen werde, denn darin würde ja mehr als eine simple Enterbung liegen; vielmehr könnte an den einzelnen Erben die Zuweisung eines bedeutenden Aktivums unter der Modifikation geschehen (onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit fr. 20, §. 3 D. fam. erc.), daß er einen Schuldposten, vielleicht einen größeren, als es seine Erbquote mit sich bringen würde, allein übernehme. Jedoch sei diese Vertheilung der Schulden nicht einmal zu einer vollständigen divisio bonorum nothwendig, indem schon nach den zwölf Tafeln die Schulden von selbst unter den Erben vertheilt seien. — Wie aber, wenn sich ein Erblasser von allen diesen Motiven nicht leiten läßt?

[51]) Die Worte in fr. 20, §. 5 D. fam. erc.: si uni ex heredibus onus aeris alieni injungitur citra speciem legati, wollen natürlich nicht sagen, die Zuweisung sei hier nicht nach den Grundsätzen des legatum liberationis zu behandeln, sondern sie sei nicht ausdrücklich als Legat, sondern nur mit simpeln Theilungsworten angeordnet.

[52]) So in fr. 20, §. 5 cit.: — suscipere eum id oportere, sed non ultra dodrantem portionis suae, ut quadrantem illibatum habeat; indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit.

Söhnen unterschrieben sei), und dabei die vertheilten Sachen ausdrücklich als Legate oder Fideikommisse bezeichnet seien. Nach welchen rechtlichen Gesichtspunkten eine sonstwie angeordnete Theilung beurtheilt werden soll, gibt er nicht an.

Sonach läßt v. Buchholtz die vertheilten Sachen nicht als Vermächtnisse gelten in folgenden Fällen:

1) bei einer Theilung durch andere Erblasser als Eltern, sofern sie weder im Testament, noch im Codicill, sondern formlos angeordnet ist. Hiermit müssen wir uns einverstanden erklären, jedoch nur darum, weil eine solche Verfügung überhaupt ungültig ist, nach neuem wie nach altem Rechte; v. Buchholtz dagegen ist der Ansicht, solche Theilungen seien nach altem wie nach neuem Recht ohne besondere Form gültig, allein wir haben oben gesehen, daß aus den Quellen nirgends erhellt, daß andere Personen als Eltern anders als im Testament oder Codicill eine Theilung vornehmen konnten.

2) Wenn (bei Eltern oder andern Erblassern) zwar ein Testament oder Codicill, aber keine ausdrückliche Vermächtnißworte für die Theilung gewählt sind. Als Grund gibt v. Buchholtz (S. 240, Note 43) an, der Vater könne ja auch die einzelnen Sachen ausdrücklich als Einweisungen in die Erbtheile angegeben haben, wie in dem Falle des fr. 21, §. 5 D. de annuis (33, 1). Es ist indessen schon oben (S. 178) gezeigt worden, daß auch in dem letztern Falle die zugetheilten Sachen als Vermächtnisse gelten, ja daß in solcher Anordnung zur Ausgleichung doppelte Vermächtnisse anzunehmen sind. Ueberhaupt aber ist der Gegensatz von ausdrücklich angeordneten Vermächtnissen nicht in dem Anordnen einer Einrechnung zu finden (auch diese kann mit ausdrücklichen Vermächtnißworten wie mit simpeln Theilungsworten aufgegeben werden), vielmehr in der mit simpeln Theilungsworten (wobei wieder Einrechnung vorgeschrieben sein kann oder nicht) geschehenen divisio; daß aber auch hier von den Quellen nicht nur die Grundsätze der Vermächtnisse angewendet, sondern die zuge-

theilten Objekte selbst als Vermächtnisse bezeichnet werden, haben wir ebenfalls bereits oben (S. 175) gesehen. — Ueberdieß ist es nicht wohl in Uebereinstimmung zu bringen, wenn v. Buchholtz an einem andern Orte (S. 268) sagt: „in den Fällen — wenn für die Erben eine Erbtheilung vom Testator vorgenommen ist, — sehen wir zwar Prälegate, aber sie sind nicht vom Testator als solche formell angeordnet, weßhalb mehrere Juristen expressa und tacita praelegata unterscheiden", während er doch hier die vertheilten Sachen nur dann als Vermächtnisse gelten lassen will, wenn der Erblasser sie ausdrücklich als Legate oder Fideikommisse bezeichnet hat.

3) Wenn die Theilung unter Kindern nicht im Testament oder Codicill, sondern lediglich in der durch Nov. 18, cap. 7 vorgeschriebenen Form geschehen ist. Für diesen Fall sagt v. Buchholtz übereinstimmend mit Mühlenbruch, die vertheilten Objekte seien selbst dann nicht als Vermächtnisse anzusehen, wenn sie der Erblasser ausdrücklich als Vermächtnisse bezeichnet habe, denn Vermächtnisse forderten ein Testament oder Codicill, jene Form Justinian's aber könne nicht als Codicill angesehen werden. Es ist hierüber alles das zu vergleichen, was schon oben von uns gegen dieselbe Bemerkung Mühlenbruch's hervorgehoben worden ist.

4) Endlich wenn die Theilung unter Kindern nicht einmal in der von Nov. 18, cap. 7 eingeführten Form angeordnet ist. Hier müssen wir v. Buchholtz darin beipflichten, daß eine solche Verfügung überhaupt keine Gültigkeit hat, und daß, wenn sie dennoch befolgt wird, die Theilung lediglich auf der Uebereinkunft der Erben beruht.

Durch alles Bisherige glauben wir nun den Satz erwiesen und vor jeder Einwendung sicher gestellt zu haben, daß bei einer divisio bonorum [53]), sofern sie überhaupt als rechtsbeständige

[53]) Daß übrigens auch bei Zuweisung an einen Einzelnen das Zugewiesene als Vermächtniß gilt, zeigt ebenfalls das Bisherige, nur die

Verfügung dasteht, die zugetheilten Sachen jedesmal als Vermächtnisse gelten, dieß nicht bloß, wenn sie ausdrücklich als Vermächtnisse, sondern auch in dem weit häufigern Falle, wenn sie mit simpeln Theilungsworten zugewendet sind, diese Theilungsworte sind als verba fideicommissaria aufzufassen. Zugleich aber glauben wir auch die Ueberzeugung gegeben zu haben, daß eben nur durch Behandlung der vertheilten Objekte als Vermächtnisse die Lehre von der divisio bonorum und ihre praktische Einzelngestaltung eine juristisch sichere Basis erhält.

III. Gehen wir nun zu dem Punkte zurück, welcher uns zu diesen Zwischenerörterungen veranlaßt hat, und vergleichen auf die gewonnenen Resultate hin die divisio bonorum mit unserer institutio ex re certa, und zwar mit demjenigen Falle derselben, wenn der Erblasser, ohne mit der rerum mentio bloß die Erbschaftsquoten überhaupt ausdrücken zu wollen, sämmtliche Miterben auf res certae instituirt hat, so bestätigt sich die zu Anfang dieses Paragraphen gemachte Bemerkung, daß zwischen beiden Verfügungen eine unverkennbare Aehnlichkeit besteht, auf das vollkommenste; wir sind nunmehr in den Stand gesetzt, das Aehnliche und das Verschiedene derselben genauer anzugeben.

Es zeigt sich nämlich, daß beide Verfügungen:

1) zunächst schon bezüglich ihrer Anordnung in einer sehr nahen Verwandtschaft stehen, dieß nämlich, soferne man bei der divisio den Fall voraussetzt, daß der Erblasser die Erbtheilung im Testamente und zwar unter seinen sämmtlichen Testamentserben, vorgenommen hat. Das Verschiedene freilich ist das, daß bei einer solchen divisio der Testator die institutiones in gehöriger Weise angeordnet, d. h. nicht auf res hereditariae, sondern auf die hereditas, auf das jus defuncti gerichtet hat, so-

besondern Grundsätze, welche durch gegenseitige Vermächtnisse herbeigeführt werden, fallen natürlich hier weg, z. B. die compensatio legatorum mutuorum, und das Recht auf Schadloshaltung bei Eviktion des zugetheilten Objects nach Inhalt des oben erwähnten fr. 77, §. 8 D. de leg. II.

daß die Eingesetzten schon den Worten des Erblassers nach auf partes hereditariae (als heredes sine partibus oder ex certis unciis scripti) erscheinen, während bei unserer institutio ex re certa die Einsetzungen den Worten des Erblassers nach direkt auf res hereditariae gerichtet sind; allein wir haben ja gesehen, daß dieses Ungehörige im Interesse der voluntas testatoris mit den Principien des Erbrechts dadurch in Einklang gebracht wird, daß die rerum mentio für das Gerufensein detrahirt, und nur für das materielle Bekommen beibehalten wird. Was ist nun, diese Behandlung vorausgesetzt, die institutio ex re certa anders als eine divisio der obigen Art, nur in einer compakteren Ausdrucksweise? während bei jener divisio der Testator zuerst die Institutionen gehörig angibt, nachher aber abgesondert davon verordnet, in welcher Art die materiellen Bestandtheile seines Vermögens demnächst unter seine Erben vertheilt sein sollen, spricht hier bei unserer institutio ex re certa der Testator beides gewissermaßen zusammen in Einem Satze aus. Beide Anordnungen lassen sich sonach als ein und dieselbe Verfügung ansehen, nur in verschiedenen Worten ausgedrückt, ja setzen wir den Fall voraus, daß, wie das gewöhnliche ist, der Erblasser die divisio nicht in ausdrückliche Vermächtnisse gekleidet, sondern simple Theilungsausdrücke gebraucht hat, so wird sich selbst aus den Worten unter Umständen nur schwer entscheiden lassen, ob die Anordnung eine testamentarische divisio oder eine institutio ex re certa zu nennen ist, denn es ist doch offenbar ein und dasselbe, ob der Testator z. B. sagt: A und B setze ich zu Erben ein, der Erbtheil des A soll mein Vermögen in Italien sein, dem B weise ich mein Vermögen in der Provinz zu, oder ob er kurzweg sagt: A sei mein Erbe auf mein Vermögen in Italien, B sei mein Erbe auf mein Vermögen in der Provinz.

Dieses Gleichstehen beider Verfügungen schon in der Anordnung erkennt denn auch das Römische Recht ausdrücklich an, wie namentlich erhellt aus den Worten Justinian's in Nov. 107, cap. 1:

— si vero etiam rerum divisionem vel quibusdam rebus certis omnes sive aliquas institutiones concludere velit, —

was Julian (const. C, Nro. 1) geradezu mit den Worten wiedergibt:

— sed et si res aliquas liberis suis relinquere velit, aut ex rebus certis quosdam [54]) de liberis heredes instituere maluerit.

Deutlicher kann man wohl nicht die Gleichstellung beider Anordnungen aussprechen.

Gerade damit hängt aber auf das Genaueste zusammen, daß:

2) auch rücksichtlich der juristischen Behandlung beide Verfügungen auf Einer Linie stehen, und zwar dieß bei jeder divisio, nicht bloß in dem soeben mit der institutio ex re certa gleichgestellten Falle, wenn die Theilung gerade in einem Testamente geschehen ist.

Gerufen sind in beiden Fällen die Erben als Erben auf partes hereditariae, nur mit dem schon vorhin bemerkten Unterschiede, daß die institutio ex re certa behufs der Erbenqualität und des Gerufenseins erst purificirt werden muß durch Detrahiren der rerum mentio, so daß künstlich, auf dem Wege juristischer Construktion, partes hereditariae herbeigeführt werden, während bei der divisio schon von Haus aus die Erben auf partes hereditariae gerufen sind, die Testamentserben durch Anordnung des Erblassers, die Intestaterben durch Gesetz.

Ebenso stehen sich beide Anordnungen in Hinsicht auf das Bekommen einander gleich.

Bekommen soll zunächst jeder Erbe bei der institutio ex re certa die res, auf welche er instituirt ist, bei der divisio das Objekt, welches ihm zugetheilt ist; bewirkt wird dieß gleichmäßig

---

[54]) Daß hier nur von einigen, nicht auch von allen, Erben gesprochen wird, thut natürlich keinen Eintrag.

in beiden Fällen auf dem Wege der Vermächtnißtheorie, d. h. die Sachen werden als Vermächtnisse, und zwar als gegenseitige stillschweigende Vorvermächtnisse behandelt (soferne nicht die divisio sogar mit ausdrücklichen Vermächtnißworten geschehen ist). Dieß ist für eine jede unserer beiden Anordnungen durch die früheren Ausführungen bewiesen worden, es ist aber überdieß nicht genug an dem Satze festzuhalten, daß überhaupt und überall der Wille des Erblassers, die Miterben oder einer derselben solle einen bestimmten materiellen Vermögensbestandtheil des Nachlasses allein und ausschließlich erhalten, juristisch nur allein auf dem Wege der Vermächtnisse realisirt werden kann, gemäß der durch die Principien des Erbrechts gebotenen Grundsätze (s. oben S. 174, Nummer 1). — Es mag übrigens auch die gegenwärtige Gesammtvergleichung der divisio bonorum und unserer institutio ex re certa noch mehr dazu beitragen, um den schon oben geführten Beweis zu verstärken und die juristische Ueberzeugung zu befestigen, daß auch bei der divisio die zugetheilten Objekte als Vorvermächtnisse zu behandeln sind; man kann ohne Anstand auch auf diese Zuwendungen die von Ulpian in fr. 35, §. 1 D. de her. inst. bezüglich der res certae gemachten Aeußerungen: vice praeceptionis accipiendos, und: ut non plus quisque eorum habeat, quam habiturus esset, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones, anwenden; ebenso die Worte im princ. dieser Stelle: ut officio judicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, — quam rem — consequi, in dem Sinne, in welchem sie oben (S. 162) verstanden worden sind; wie ja auch in Stellen, welche die divisio betreffen, dieß mit ganz ähnlichen Worten gesagt wird [55].

Bleibt bei dem Bekommen der einzelnen von dem Erblasser zugewiesenen Vermögensbestandtheile noch ein unvertheilter Rest übrig, so erhalten denselben in beiden Fällen die Erben pro rata

---

[55]) Z. B. c. 16. 21. 26 C. fam. erc. (3, 36).

hereditaria und jure hereditario; für die institutio ex re certa wird uns dieß zwar, wie wir oben sahen, nicht ausdrücklich gesagt, allein es erhellt eben mit daraus, daß es für die divisio, welche in allem Uebrigen ganz gleich mit jener Anordnung behandelt wird, nach ausdrücklichen Stellen gilt, soferne nicht der Erblasser ein Einrechnen besonders vorgeschrieben hat, was aber in einer bloßen institutio ex re certa nicht liegt.

3) Aber nicht bloß als Anordnungen und in Rücksicht auf rechtliche Gestaltung sind beide Verfügungen einander sehr ähnlich, sie stehen, was die Behandlung der Objekte als Vorvermächtnisse betrifft, unverkennbar auch in einem historischen Zusammenhange.

Zunächst nämlich muß die allgemeine Behauptung aufgestellt werden, daß die genannte Behandlung in beiden Fällen erst möglich geworden ist, nachdem die Fideikommisse in dem Römischen Rechte bereits so ausgebildet waren, daß man auch in Verfügungen, welche nicht formell und ausdrücklich als Vermächtnisse angeordnet waren, verba fideicommissaria (stillschweigende Fideikommisse) sah, mit andern Worten, jene Behandlung beruht in beiden Fällen auf der Basis der erstarkten Fideikommißtheorie, genauer gesprochen sind also die im Allgemeinen als Vorvermächtnisse bezeichneten Objekte stillschweigende Präfideikommisse zu nennen. Für unsere institutio ex re certa ist dieß bereits oben (S. 150 ff.) nachgewiesen worden, es gilt aber ebenso für die mit simpeln Theilungsworten (ausdrücklich in Vermächtnisse gekleidet konnte natürlich eine Theilung schon früher werden) angeordnete, also am häufigsten vorkommende, divisio bonorum. Dafür spricht zunächst auch hier der schon deßfalls bei der institutio ex re certa geltend gemachte, aus der Strenge der altcivilen legata hergenommene, Grund (s. oben S. 63 und 146); ferner haben wir auch für die fragliche divisio keine Stelle aus einer Zeit, in welcher überhaupt stillschweigende Fideikommisse noch nicht anerkannt waren, bei weitem die meisten, ja beinahe alle, Pan-

dektenstellen über unsere divisio rühren von Papinian her [56]), nur einige wenige von Scävola [57]) und von Ulpian, welcher sich dabei auf Papinian's Auktorität beruft [58]); unter den Coderstellen, welche die divisio betreffen, ist meines Wissens keine aus der Zeit vor Antoninus Caracalla vorhanden [59]). Ein fernerer Beweis liegt darin, daß in c. 26 C. fam. erc. gesagt wird, die elterliche Theilung, wie sie auch kundgegeben sei, sei anzuerkennen servato Senatusconsulti auxilio; das hier gemeinte Sct. ist das Pegasianum, dieses aber hat bekanntlich die lex Falcidia auf die Fideikommisse ausgedehnt [60]), und so erhellt deutlich aus diesen Worten, daß man die Theilungen als stillschweigende verba fideicommissaria auffaßte, und somit weiter, daß vor erstarkter Fideikommißtheorie unmöglich solche simpele Theilungen schon anerkannt waren.

Genauer aber läßt sich nach der Lage der Quellen die Zeit nicht angeben, in welcher jene Behandlung zuerst entstanden ist, namentlich darf nicht Papinian als der Begründer derselben angesehen werden; für die institutio ex re certa wurde dieß schon oben (S. 152) gezeigt, und für die divisio folgt es schon daraus, daß wir auch hier ältere Stellen (von Scävola) haben. Dagegen sind wir vielleicht berechtigt zur Annahme, daß gerade Papinianus sich vorzugsweise mit jener Behandlung in beiden

---

[56]) Dahin gehören : fr. 32. 33. 34 D. fam. erc. (10, 2), fr. 90, §. 1 D. de leg. I. fr. 77, §. 8, fr. 89 pr. D. de leg. II. fr. 23 D. de adim. (34, 4). fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[57]) fr. 39, §. 1. 5 D. fam. erc. (10, 2). fr. 34, §. 3 D. de leg. III. fr. 21, §. 5 D. de annuis (33, 1).

[58]) fr. 20, §. 3. 5 D. fam. erc. (10, 2).

[59]) c. 1 C. de except. (8, 36) von Caracalla. — c. 8 pr. C. de inoff. test. (3, 28) ist von Alexander Sever, c. 10 C. fam. erc. (3,36) von Gordian, c. 16 und 21 C. eod. von Diocletian und Maximinian, c. 26 C. eod. von Constantin.

[60]) s. Note 40 auf Seite 186.

Anordnungen beschäftigt, und dieselbe besonders ausgebildet hat, wenn man nämlich erwägt, daß für beide Fälle Ulpian sich auf die Auktorität des Papinian beruft [61]), sowie daß für die divisio die meisten Stellen von Papinian selbst herrühren [62]).

---

[61]) Rücksichtlich der institutio ex re certa s. oben S. 153.

[62]) Indem wir hiermit die divisio bonorum verlassen, mag noch das hervorgehoben werden: das gewonnene Resultat, daß die zugetheilten Objekte überall als Vermächtnisse, und zwar bei simpeln Theilungsworten als stillschweigende Präsideikommisse zu behandeln sind, gibt uns außer den Anhaltspunkten für die institutio ex re certa auch noch Gewißheit über folgende, die Lehre von der divisio bonorum selbst betreffende Punkte, welche zum Theil schon oben angeführt sind. Als Folge jenes Resultats erscheint nämlich:

1) Es ist unbegründet, wenn man (z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 152) sagt: von jeher habe ein Erblasser mit simpeln Theilungsworten eine divisio anordnen können.

2) Es ist unbegründet, daß andere Erblasser als Eltern jemals in anderer Form als in Testament oder Codicill eine Theilung anordnen konnten.

3) Andererseits ist nun erklärlich, warum Eltern (eigentlich nur der Vater) schon zur Zeit der klassischen Juristen eine Theilung ohne alle Form anordnen konnten.

4) Man fragt (Mühlenbruch a. a. O. S. 237), ob in einer divisio parentum inter liberos (es muß aber auch für die in Codicillen vorgenommenen Theilungen anderer Erblasser gelten) nur materielle Vermögensobjecte, oder auch Erbschaftsquoten vertheilt werden können? Da die Theilungen als Fideikommisse gelten, so läßt sich auch letzteres ganz wohl denken und construiren, es entstehen dadurch Universal-Fideikommisse (Fritz, Test. der Eltern §. 9) rücksichtlich derjenigen partes hereditariae, auf welche man aus der demnächstigen Delation der Erbschaft gerufen sein wird. Z. B. der Vater hat 2 Söhne, A und B; er theilt nun in der Form der Nov. 18, cap. 7 so: A soll $^3/_4$, B $^1/_4$ meines Nachlasses haben; gerufen als Intestat-Erbe ist nun doch jeder Sohn auf $^1/_2$, allein B hat die Hälfte seiner Erbportion an A als fid. her. zu restituiren. — Die Quellen freilich erwähnen als Objekte der Theilung immer nur materielle Vermögensbestandtheile, dieß erklärt sich leicht aus Zweck und Bedürfniß der Theilung, für Unzien liegt Vornahme förmlicher Erbeseinsetzung darauf näher. — Auch ist Unzienveränderung in der That darum keine eigentliche Theilung zu nennen, weil dabei nicht die Grundsätze gegenseitiger Vermächtnisse eintreten, wer dadurch mehr bekommt, gibt nicht auch

§. 12.

II. Die Folgesätze.

Wir kehren nunmehr zu unserer institutio ex re certa zurück. Nachdem wir nämlich in §. 9 und 10 den Grundsatz für die rechtliche Behandlung derselben kennen gelernt haben, ist es, worauf schon am Schlusse des §. 8 vorläufig aufmerksam gemacht wurde, nun auch von Interesse, darzuthun, wie sich darauf hin das hier eintretende Rechtsverhältniß nach seinen Haupteinrichtungen im Einzelnen gestalten wird.

Auch in dieser Beziehung übrigens lassen wir denjenigen Fall außer Augen, in welchem der Testator mit der rerum mentio nichts als die Quoten der Erbschaft überhaupt bezeichnen wollte; sind einmal diese Quoten in Gemäßheit der rerum mentio bestimmt, so ergibt sich hier die weitere Gestaltung von selbst, ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen für mehrere gehörig eingesetzte Erben, welchen nicht zugleich Prälegate hinterlassen sind.

Es beschäftigt uns vielmehr lediglich der (gewöhnliche) Fall, wenn die Eingesetzten als heredes sine partibus scripti, die res

---

selbst etwas ab. — Wenn man daher (Mühlenbruch a.a.O., Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. IV, S. 103—105) als einen Hauptunterschied zwischen dem testamentum und der divisio inter liberos angibt, daß dort auch Unzien, hier nur res hereditariae vertheilt werden können, so ist dieß genauer so auszudrücken: nur im Testamente kann bestimmt werden, daß und auf was die Kinder als Erben letztwillig gerufen sein sollen, in der divisio parentum inter liberos kann dagegen nur bestimmt werden, was die Kinder materiell bekommen sollen, entweder durch Zuweisung von res hereditariae (wodurch Vorvermächtnisse entstehen), oder durch Aenderung an den aus der Delation der Erbschaft entstehenden Unzien (wodurch Universal-Fideikommisse entstehen). — Dasselbe gilt auch für Testamente und Codicille anderer Erblasser, nur mit dem Unterschiede, daß hier im Testamente bezüglich der Größe der Unzien, auf welche die Erben gerufen sein sollen, auf anderweite Codicille verwiesen werden darf (fr. 36 D. de her. inst.), was bei dem Testamente der Eltern nicht geht, da hier nach Nov. 107, cap. 1 der Erblasser die Unzien genau und mit Buchstaben geschrieben angeben soll.

certae dagegen als Prälegate gelten, der Fall also, welchen wir in dem vorigen Paragraphen mit der divisio bonorum verglichen haben; für die Detailbehandlung desselben wird nun gerade die oben erwiesene Aehnlichkeit dieser beiden Verfügungen höchst förderlich sein, indem sich für die divisio gar manche einzelne Frage ausdrücklich entschieden findet, welche auch bei der institutio ex re certa wichtig wird, hier aber von den Quellen mit Stillschweigen übergangen ist.

Hiernach und auf den Grund der oben in §. 9 und 10 gewonnenen Grundsätze wird sich denn die Einzelngestaltung unserer Erbeseinsetzungen in folgender Weise bestimmen lassen.

I. Zunächst äußert der Tod des Erblassers für die Instituirten nur Wirkung in ihrer Eigenschaft als Erben, d. h. sie sind nunmehr zur Erbschaft gerufen, und zwar auf die ihnen deductis rebus künstlich geschaffenen partes hereditariae. Dagegen für ihre Ansprüche auf die, als Vorvermächtnisse zu behandelnden, res certae hat des Erblassers Tod an sich noch gar keine Folge, er enthält noch nicht den dies cedens für diese Prälegate, und zwar dieß ganz nach den Grundsätzen über wirklich angeordnete Prälegate.

Bei diesen nämlich gilt zwar, wie bei simpeln Vermächtnissen, für die Regel der Satz, daß sofort mit dem Tode des Erblassers der dies cedens eintritt [1]), das Prälegat also in diesem Momente provisorisch (mit der Hauptwirkung der Transmission auf die Erben) erworben ist auch für den Fall, daß der Prälegatar später nicht Erbe wird; er behält den Anspruch wenigstens auf diejenigen Theile des Prälegats, welche die Miterben zu leisten haben, dann, wenn er nach dem dies cedens, aber bevor er die Erbschaft antritt, stirbt [2]), er behält den Anspruch auf das ganze Prälegat

---

[1]) v. Buchholtz, Prälegate, S. 299.

[2]) fr. 75, §. 1 D. de leg. II. — v. Buchholtz a. a. O. S. 171, Note 10 ff., S. 184 hinter Note 49, S. 194, Note 90, S. 310, Note 41 ff.

(auch auf denjenigen Theil, welchen er sich als Erbe selbst auszuzahlen hätte), wenn er die Erbschaft aus nicht unlauteren Gründen ausschlägt [3]), oder nach dem Erwerbe wieder von der Erbschaft loskommt, sei es daß ihm seine Erbportion wegen Indignität entrissen wird [4]), oder daß er als suus heres von dem beneficium abstinendi Gebrauch gemacht [5]), oder als extraneus sich gegen die Erbschaftsantretung hat in integrum restituiren lassen [6]). Allein jene Regel erleidet, und zwar wieder ganz nach den Grundsätzen über den Moment des dies cedens bei bedingten Vermächtnissen, dann eine Ausnahme, wenn das Prälegat nach der Intention des Erblassers dem Eingesetzten nur für den Fall zugewendet ist, daß derselbe auch wirklich Erbe wird [7]), einerlei ob der Erblasser die Zuwendung des Prälegats ausdrücklich an die Bedingung „si heres erit" geknüpft hat [8]), oder ob jene Intention in sonstiger Weise deutlich und bestimmt erhellt [9]). Erbtheil und Prälegat sind hier so unzertrennlich, daß der Prälegatar nur dann einen Anspruch auf das Prälegat hat, wenn er wirklich Erbe wird und Erbe bleibt.

Ein solcher Fall, also eine solche Intention des Testators, liegt nun aber bei unserer institutio ex re certa offenbar vor. Dieß wird uns zwar nicht durch eine ausdrückliche Stelle gesagt, wohl aber spricht dafür entschieden Folgendes. Zunächst die ganze Natur dieser Anordnung; die res certae bestehen ja nur vermöge juristischer Construktion als Prälegate, während der Erblasser selbst

---

[3]) fr. 22, §. 2 D. si quis omissa (29, 4). fr. 17, §. 2, fr. 18, fr. 87, fr. 90 pr. D. de leg. I. fr. 4, §. 11 D. de dol. mal. exc. (44, 4). c. 12 C. de leg. (6, 37). — v. Buchholtz a. a. O. S. 543 ff.

[4]) fr. 12 fin. fr. 18, §. 2 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[5]) fr. 87 D. de leg. I.

[6]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 549, Note 58.

[7]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 554 ff.

[8]) fr. 92 pr. D. de leg. III. fr. 20 D. de instr. leg. (33, 7).

[9]) fr. 88 fin. D. de leg. I.

auf dieselben sogar eingesetzt hat; seine (freilich unjuristische) Intention ist, die res certae sollen geradezu die Erbtheile der Instituirten sein; wenn also irgendwo ex voluntate testatoris eine Unzertrennlichkeit von Erbtheil und Prälegat vorliegt, so ist dieß vor Allem hier bei unserer institutio ex re certa der Fall. Sodann aber spricht dafür die Vergleichung mit der divisio bonorum; für diese wird uns ausdrücklich gesagt, daß wenn einer der Erben, unter welchen der Erblasser sein Vermögen vertheilt hat, nicht Erbe wird, er dann auch nicht die ihm zugetheilten Objekte beanspruchen kann:

> fr. 90, §. 1 D. de leg. I: plane si pluribus filiis institutis [inter eos verbis legatorum bona diviserit, voluntatis [10]] ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem [11]).

Dieß einfach darum, weil, wie wir oben (S. 169) gesehen haben, der Erblasser eine divisio nur unter der von ihm anerkannten Voraussetzung vornimmt, daß gerade diejenigen Personen, unter welchen er theilt, ihn auch wirklich beerben werden.

---

[10]) Die eingeklammerten Worte fehlen zwar in der Flor., finden sich aber in Ausgaben schon vor Haloander, s. darüber v. Buchholtz, a. a. O. S. 241, Note 46, und S. 283, Note 49.

[11]) Uebrigens ist diese Stelle zusammen mit den vorhergehenden von fr. 87 an zu lesen. Die dortige Untersuchung ist: ein filiusf., welchen der Vater pro parte instituirt hat, der sich aber aus guten Gründen abstinirt, verliert darum nicht auch das ihm zugedachte Prälegat (fr. 87); es sei denn, daß der Vater wollte, daß er es nur dann erhalte, wenn er zugleich die Erbschaft behalte, was aber der Vater nicht ausdrücklich zu erklären braucht, es genügt, daß seine deßfallsige Intention klar vorliegt (fr. 88); denn auch ein emancipatus verliert durch Ausschlagen der Erbschaft die Legate nicht, und das ben. abst. besteht doch in nichts anderem, als daß der Prätor den suus so frei von der Erbschaft macht, als es der extraneus schon jure civili ist (fr. 89). Ebenso soll es gehalten werden, wenn der Vater gesagt hat: hoc amplius filio meo (fr. 90 pr.); hat er dagegen mehrere Söhne instituirt, und unter dieselben sein Vermögen vertheilt, dann erhält voluntatis ratione derjenige Sohn, welcher nicht Erbe bleibt, auch die Legate nicht.

Um so viel mehr muß die Entscheidung des fr. 90 pr. cit. auch für unsere institutio gelten, da hier der Erblasser beides zusammen, wer ihn beerben soll, und was die Erben bekommen sollen, gewissermaßen in Einem Satze ausspricht (s. oben S. 194). Wir müssen daher sagen, die juristische Construktion, welche hier den Willen des Testators aufrecht erhält, geht, genauer gesprochen, dahin: die Verfügung ist anzusehen, als habe der Erblasser einen jeden der Gerufenen instituirt als heres sine parte scriptus, zugleich aber demselben die res certa als Prälegat, jedoch nur unter der ausdrücklichen Bedingung „si heres erit" hinterlassen; jeder Instituirte hat also einen Anspruch auf die res certa nur allein in seiner Eigenschaft als Erbe.

Daraus ergibt sich zunächst der oben ausgesprochene Satz, daß der dies cedens für das Prälegat der res certa nicht schon mit des Erblassers Tod eintritt, es wird vielmehr dazu erfordert, daß gerade der auf diese res certa Instituirte die Erbschaft wirklich erwirbt. Verliert also derselbe nach des Erblassers Tode [12]) die sog. testamenti factio passiva, so daß er die Erbschaft nicht antreten kann, oder schlägt er dieselbe aus, so erhält er auch auf das Prälegat keinen Anspruch; stirbt er nach des Erblassers Tode ohne die Erbschaft angetreten zu haben, so transmittirt er auf seine Erben auch keinen Anspruch auf die res certa, es müßte denn zufällig einer der Transmissionsfälle der Erbschaft vorliegen, wo dann der Transmissar sowohl rücksichtlich der deducta re geschaffenen pars hereditaria, als auch der res certa selbst ganz in die Stelle des verstorbenen heres ex re certa institutus eintritt [13]).

Eine fernere Folge ist, daß der Erbe selbst das ihm bereits

---

[12]) Hat er schon im Augenblick des Todes des Erblassers keine test. factio, so versteht es sich schon nach gewöhnlichen Grundsätzen von selbst, daß ihm weder Erbschaft noch Vermächtniß deferirt ist.

[13]) Ganz so, wie der Transmissar eines gewöhnlichen Prälegatars, worüber zu vergl. v. Buchholtz, a. a. O. S. 309, Note 40.

zugefallene Prälegat der res certa verliert, wenn er von der Erbschaft, nachdem er dieselbe wirklich erworben hat, wieder loskommt, geschehe dieß durch seinen Willen (wie wenn er als suus abstinirt, als extraneus sich restituiren läßt), oder geschehe es unabhängig von seinem Willen. Letzteres gilt namentlich dann, wenn in seiner Person ein Indignitätsgrund sich ereignet; sowohl wenn es ein für Erbschaften und Vermächtnisse gemeinschaftlicher [14]), als auch wenn es ein nur der Erbschaft eigenthümlicher [15]) Grund ist, wird derjenige, welcher dem indignus die Erbschaft entreißt, ganz an die Stelle desselben, rücksichtlich des Erbtheils wie rücksichtlich des Prälegates, treten [16]). Ebenso nimmt man, auf den Grund der Unzertrennlichkeit von Erbtheil und Prälegat, mit Recht an, daß der heres ex re certa institutus, wenn ihm der Testator die Restitution seines Erbtheils an einen Dritten aufgegeben hat, diesem Alles, auch das Prälegat vollständig, restituiren muß, weil sonst die angeordnete Restitution in diesem Falle, da sämmtliche Erben auf res certae instituirt sind, jedes Objektes entbehren würde, und mit dem Erbtheile der Testator hauptsächlich gerade die res certa mit gemeint hat [17]).

Sind Descendenten oder Ascendenten des Erblassers in dem Testamente gegen die Vorschrift der Nov. 115, cap. 3, 4 präterirt oder exheredirt, so stürzen bekanntlich die Erbeseinsetzungen zusammen, die alia capitula testamenti dagegen bleiben bestehen, besonders die Vermächtnisse, also auch die den Eingesetzten hinterlassenen

---

[14]) Die Fälle s. bei v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II, §. 565, Anmerk. Nro. I.

[15]) Die Fälle s. bei v. Vangerow, a. a. O. Nro. II.

[16]) Wie es sich in den Indignitätsfällen gestaltet, welche den Vermächtnissen eigenthümlich sind, wird weiter unten gefragt werden.

[17]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 475 und die dort Note 66 Angeführten. — Anders freilich, wenn nach des Testators Willen der Erbe gerade nur die res certa behalten, und das Uebrige an Andere fallen soll, wo dann das oben S. 166 Bemerkte eintritt.

Vorvermächtnisse, diese verwandeln sich jetzt in simple Vermächtnisse [18]). Anders muß sich dieses Letztere gestalten, wenn die Testamentserben auf res certae instituirt sind; die Unzertrennlichkeit von Erbtheil und Prälegat bringt es hier mit sich, daß dieselben mit ihrem testamentarischen Erbtheile zugleich die res certae verlieren; sind die Eingesetzten zugleich selbst Notherben, so erhalten sie ihre reine Intestatportion, sind sie extranei, so erhalten sie gar nichts [19]).

Wird das Testament wegen Pflichttheilsverletzung mit der querela inofficiosi testamenti umgestoßen (was indessen seit Nov. 115 nur noch vorkommt, wenn Geschwister verletzt sind, so daß denselben auch nicht einmal ein geringfügiges Vermächtniß hinterlassen ist, welches sie mit der actio ad supplendam legitimam sich ergänzen könnten), so gelten für die heredes ex re certa instituti im Ganzen schon mehr die gewöhnlichen Grundsätze, welche hier bei gehörig eingesetzten, zugleich mit Prälegaten bedachten, Testamentserben eintreten, eben weil bei siegreich durchgefochtener Querel die in dem Testamente ausgesetzten Vermächtnisse nur soweit bestehen bleiben, als das Testament nicht umgestoßen ist, d. h. soweit, als die Erbeseinsetzungen selbst bestehen bleiben [20]). Einige Verschiedenheit wird indessen doch eintreten. Wird nämlich das g a n z e Testament umgestoßen, so fallen zugleich in der Regel alle Vermächtnisse [21]), auch die heredes ex re certa instituti

---

[18]) Wenn der Instituirte nicht ebenfalls Notherbe des Erblassers ist und seine Intestatportion in Anspruch nimmt, wo dann das Vermächtniß Prälegat bleibt. v. Buchholz, a. a. O. S. 570, Note 151, S. 571, Note 152.

[19]) Daß übrigens, wenn der Testator sämmtliche Erben auf res certae instituirt, auch die darunter befindlichen Notherben in dieser Art gültig instituirt sind, bedarf hier keiner besondern Bemerkung, da wir ja wissen, daß und wie die so Eingesetzten hier wirklich als Erben gelten. Es ist darum hier eine Rücksicht auf Nov. 115, cap. 5 nicht einmal nöthig.

[20]) fr. 13 D. de inoff. test. (5, 2). c. 13 C. eod. (3, 28).

[21]) fr. 8, §. 16 D. de inoff. test. (5, 2).

bekommen also schon darum (ganz abgesehen von der Untrennbarkeit des Erbtheils und Prälegates) nicht einmal ihre res certae; sollte aber einer der Ausnahmsfälle vorliegen, in welchen bei völliger Umstoßung der Erbeseinsetzungen dennoch die Vermächtnisse erhalten bleiben [22], so würde sich für heredes ex re certa instituti doch wieder jene Untrennbarkeit von Erbtheil und Prälegat geltend machen, und bewirken, daß sie selbst hier nicht einmal die res certae bekommen, während gehörig eingesetzten Erblegataren dann wenigstens ihre Prälegate conservirt bleiben müßten. — Wird dagegen durch die Querel das Testament nur theilweise rescindirt, so ist zu unterscheiden. Derjenige heres ex re certa institutus, welcher unterliegt, verliert jetzt nicht nur die ihm deducta re geschaffene pars hereditaria und die darin befindliche pars seiner res certa, sondern auch die übrigen partes rei certae, welche in den Portionen seiner testamentarischen Miterben enthalten sind, nicht bloß (wie natürlich) derjenigen Miterben, welche ebenfalls unterliegen, sondern auch derjenigen, deren Einsetzung aufrecht erhalten bleibt, während doch sonst der unterliegende Erblegatar wenigstens diejenigen Theile seines Prälegats bekommen wird, welche auf den Portionen seiner nicht gleichfalls verdrängten Miterben ruhen [23]; der Grund der Verschiedenheit bei dem heres ex re certa institutus ist der, daß seine nicht verdrängten Miterben nun auch die ihnen zugewendeten res certae nicht von ihm zu dem Theile bekommen, welcher in seiner verloren gegangenen Erbportion enthalten war [24]. — Derjenige ex re certa Instituirte dagegen, welcher nicht verdrängt ist (sei es, daß er

---

[22]) Also wenn der Testator, seine Notherben irrthümlich für todt haltend, Fremde eingesetzt hat, fr. 28 D. de inoff. test. (5, 2), oder wenn Verurtheilung und Rescission des Testaments nur wegen contumacia der Beklagten erfolgt ist. fr. 17, §. 1 D eod.

[23]) Arg. fr. 76 pr. D. leg. II.

[24]) Den Einfluß der Gegenseitigkeit der als Prälegate zu behandelnden res certae werden wir unten weiter kennen lernen.

gesiegt hat, oder gar nicht belangt war) behält nicht bloß seine künstlich geschaffene pars hereditaria und die darin enthaltene pars seiner res certa, sondern auch diejenigen partes dieser res, welche die gleichfalls etwa nicht verdrängten Testamentserben ihm von ihrer Portion zu entrichten haben (wogegen er diesen aber auch die in seiner pars hereditaria befindlichen Theile der ihnen zugewendeten res certae zu prästiren hat), dagegen erhält er nicht auch diejenigen Theile seiner res certa, welche in den früheren Erbtheilen seiner verdrängten Miterben lagen, sowie er auch diesen nicht die in seinem Erbtheile befindlichen Antheile ihrer res certae abzutreten hat, sondern dieselben behält.

Fällt nun, abgesehen von dem Falle einer (gänzlichen oder theilweisen) Umstoßung des Testaments aus notherbrechtlichen Rücksichten, und abgesehen von einem Indignitätsfalle, einer der heredes ex re certa instituti weg, sei es zwischen Delation und Erwerb, oder sei es nach dem Erwerbe durch restitutio in integrum oder beneficium abstinendi, und hinterläßt auch nach Lage der Sache keinen Transmissar oder Substituten (welche natürlich ganz an seine Stelle treten würden), so tritt jus accrescendi für die übrigen heredes ex re certa instituti ein, ganz wie dieß auch außerdem bei solchem Wegfalle eines Erblegatars gilt; es accrescirt denselben die dem Weggefallenen deducta re künstlich geschaffene pars hereditaria, und somit vergrößern sich auch die Erbantheile an den ihnen selbst von dem Testator zugewendeten res certae, dagegen das Prälegat des Weggefallenen erlischt, seine res certa verbleibt nun den Uebrigen pro rata hereditaria [25]. — Ebenso wird es sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen weiter gestalten, wenn in genannter Art nicht nur Einer, sondern Einige der heredes

---

[25]) Sollte der Weggefallene einen conjunctus haben, wie in fr. 11 D. de her. inst. die duo Titii, welche zusammen auf eine insula instituirt sind (S. 133), so accrescirt die vacante Portion natürlich zunächst dem conjunctus, der auch jetzt die res certa allein erhält.

ex re certa instituti wegfallen, und so kann es kommen, daß zuletzt nur noch ein einziger derselben übrig ist, dieser wird nun heres ex asse, und bekommt das Ganze.

II. In dem Folgenden behalten wir nun lediglich den Fall vor Augen, wenn sämmtliche Eingesetzte wirklich Erben geworden sind und Erben bleiben.

Hier hat der Erwerb der Erbschaft einerseits die Folge, daß die Gerufenen Erben sind aequis ex partibus, auf die ihnen deducta re künstlich geschaffenen partes hereditariae; in Bezug auf diese Erbtheile haben sie denn, ganz so wie dieß bei einem jeden Prälegatare in seiner Eigenschaft als Erben der Fall ist [26]), alle Rechtsmittel eines Erben, insbesondere die hereditatis petitio, die actio familiae erciscundae, das interdictum quorum bonorum und die missio ex l. ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo.

Andererseits wird rücksichtlich der res certae mit dem Momente des Erbschaftserwerbes die Bedingung existent, an welche diese Prälegate stillschweigends geknüpft sind, es tritt für dieselben nunmehr der dies cedens und dies veniens zugleich ein, die Instituirten erhalten einen sofort realisirbaren Anspruch auf diese Prälegate.

Hierbei fragt sich denn zunächst zweierlei: wie erwerben die Instituirten die res certae? und was ist im Einzelnfalle als zu den ihnen hinterlassenen res certae gehörig zu betrachten?

1) Was die erste Frage betrifft, und zwar:

a) die Rechtsmittel zur Realisirung dieser Prälegate, so nennen uns, wie wir oben gesehen haben, die Quellen (fr. 35 und 78 pr. D. de her. inst.) lediglich das judicium familiae erciscundae. Dieß setzt also voraus, daß vor und bis zur Erbtheilung nicht nur die Forderungen und Schulden unter sämmtlichen Miterben pro rata hereditaria vertheilt sind, sondern daß auch

---

[26]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 335.

die körperlichen Erbschaftssachen denselben nach dieser Rate gemeinschaftlich angehören, so daß einem jeden Eingesetzten seine res certa allein und ausschließlich erst dadurch erworben wird, daß sie ihm der Theilungsrichter bei Auseinandersetzung der Erbschaft überhaupt besonders zuspricht.

Bekanntlich aber ist für Realisirung der Prälegate das jud. fam. erc. zwar der gewöhnliche, von den Quellen am häufigsten genannte [27]), keineswegs aber der ausschließliche Weg, es stehen vielmehr auch dem Prälegatar die gewöhnlichen Rechtsmittel eines simpeln Vermächtnißnehmers zu [28]). Es liegt nun durchaus kein Grund vor, warum dieß bezüglich der res certae, wenn auch dieselben nur vermöge juristischer Construktion als Prälegate behandelt werden, nicht ebenfalls gelten sollte.

Ist hiernach die res certa eine einzelne körperliche Sache, und zwar eine res propria testatoris, so darf man dieselbe seit Justinian's Exäquation der Legate und Fideikommisse ohne Anstand als Objekt eines Vindikations-Legates ansehen, denn nach Justinian's Bestimmung geht seitdem ohne Rücksicht auf die Form der Hinterlassung des Vermächtnisses sofortiges Eigenthum überall da über, wo dieß die Natur des Objekts und der Wille des Erblassers zuläßt [29]). Somit wird für eine solche res certa eine besondere Adjudikation durch den Theilungsrichter gar nicht nöthig [30]), vielmehr ist sofort mit dem Erbschaftserwerbe für den auf dieselbe Eingesetzten nicht nur der Anspruch auf die Sache, sondern geradezu das Eigenthum an derselben erworben, und zwar

---

[27]) s. oben S. 148, Note 5 und v. Buchholtz, a. a. O. S. 336 ff.

[28]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 331 ff.

[29]) Ganz so, wie wir dieß oben S. 176, Note 24 auch für die divisio bonorum bemerken mußten.

[30]) Dieß natürlich, wie bei jedem Vindikations-Prälegate, nicht in dem Sinne, als ob nur in dem nach Ausscheiden der res certae Uebrigen die Erbschaft bestünde, s. v. Buchholtz, a. a. O. S. 307, 308.

zurückbezogen auf die Zeit von dem Tode des Erblassers an [31]); der Eingesetzte kann sofort die res certa gegen die Miterben wie gegen jeden dritten Besitzer mit der rei vindicatio verfolgen. — Hätte also ein Testator bei Vornahme einer institutio ex re certa seine sämmtlichen Eigenthumsobjekte berücksichtigt und vertheilt, so daß ein unvertheilter Rest des Vermögens entweder überhaupt nicht vorhanden ist, oder lediglich in Forderungen und Schulden (welche ja durch den Erbschaftserwerb ipso jure getheilt sind) besteht, so wäre eine Auseinandersetzung der Erbschaft, ein judicium familiae erciscundae, überhaupt nicht mehr nöthig.

In ähnlicher Weise wird ein sofortiger Rechtsübergang stattfinden, wenn die res certa eine Forderung ist. Obwohl nämlich bei einem legatum nominis die Erben eigentlich zunächst nur verpflichtet sind, dem Vermächtnißnehmer ihre Klagantheile an der Forderung besonders zu cediren [32]), so darf derselbe doch auch ohne ausdrückliche Cession mit dem dies veniens sofort utiliter die Klage aus der Forderung anstellen [33]); dasselbe muß für den Prälegatar einer Forderung [34]), und somit auch für den auf die Forderung Instituirten gelten; eigentlich hätte der Theilungsrichter, gerade wie wenn er aus sonstigen Gründen einem der Erben eine Forderung besonders zuweist [35]), die Abtretung der Klagantheile von Seiten der Miterben zu bewirken, allein auch ohnedieß darf der auf die Forderung Instituirte (partim suo partim procuratorio nomine) auf fingirte Cession hin den Schuldner auf das Ganze belangen. — Bestünde nun des Testators gesammtes Vermögen lediglich aus Forderungen, so wäre wieder ein judicium

---

[31]) fr. 80 D. de leg. II.

[32]) §. 21 J. de leg. (2, 20), fr. 44, §. 6, fr. 75, §. 2, 3, r. 105 D. de leg. I.

[33]) c. 18 C. de leg. (6, 37).

[34]) v. Buchholtz, a. a. O. S. 333, Note 11.

[35]) fr. 2, §. 5, fr. 3 D. fam. erc. (10, 2).

fam. erc. überflüssig, indem jedem Erben bezüglich der Forderung, auf welche er instituirt ist, sofort aus dem Erbschaftserwerbe eine actio utilis zusteht, rücksichtlich der etwa nicht besonders zugewiesenen Forderungen (wie der Schulden) aber es bei der ipso jure durch den Erbschaftserwerb herbeigeführten Theilung sein Bewenden behält [36].

Indessen findet in beiden Fällen, sowohl wenn auf ein Eigenthumsobjekt, als auch wenn auf eine Forderung instituirt ist, von dem soeben als zulässig behaupteten sofortigen Rechtsübergang dann eine Ausnahme statt, wenn das Objekt ein litigioses ist. Bekanntlich haben Gratian, Valentinian und Theodos in c. 3 C. de litigiosis (8, 37) bestimmt, daß, wenn der Erblasser eine bewegliche oder unbewegliche res litigiosa oder ein ambiguum chirographum [37]) an Jemanden vermacht, der Honorirte nicht das Objekt einklagen darf, also keinen Anspruch an dasselbe hat, vielmehr lediglich die Erben selbst die Klage durchzuführen haben, der Honorirte soll mit der aestimatio des ihm vermachten Streitobjektes abgefunden werden. Diese letztere Bestimmung und ihre

---

[36]) Ebenso wird auch bei einer divisio bonorum das judicium fam. erc. überflüssig, wenn entweder alle corpora hereditaria vertheilt sind, oder das Vermögen nur aus Forderungen besteht; derselben Ansicht ist gewiß auch v. Buchholtz S. 242, Note 49, denn wenn er dort sagt, wenn der Erblasser sein ganzes Vermögen in Form von Vermächtnissen vertheilt habe, so werde, selbst wenn das Vermögen nur aus Kapitalien bestehe, zwischen den einzelnen Erben in ihrer Eigenschaft als Prälegatarien die fam. erc. actio stattfinden — meint er damit wohl nur die Zulässigkeit, nicht die Nothwendigkeit dieser Klage.

[37]) Wir theilen die Meinung der Mehrzahl der Juristen (z. B. v. Vangerow, Lehrbuch der Pand. Bd. I, S. 290, 6. Aufl., 1851), daß diese Worte dem ganzen Zusammenhange der Verordnung nach nur eine wirklich im Streite befangene Forderung bezeichnen wollen; Bachofen (ausgewählte Lehre des Röm. Civilr. S. 70, Note 43) faßt sowohl diese Worte als auch den Ausdruck res litigiosa in dieser Verordnung als unabhängig von allem Proceß auf, in der weiten Bedeutung von Gegenständen zweifelhaften Rechtes.

spätere Modificirung durch Justinian wird uns erst weiter unten von Interesse sein; hier geht uns nur die erstere Bestimmung an. Daß nun dieselbe auch Denjenigen trifft, welcher auf ein solches Objekt instituirt ist, dürfen wir schon nach allgemeinen Gründen annehmen, eben weil er in Beziehung auf seine res certa als Vermächtnißnehmer gilt, es wird aber überdieß noch in der Verordnung selbst ausdrücklich gesagt. Es heißt nämlich darin:

> Quicunque rem litigiosam, vel ambiguum chirographum, quodlibet denique mobile vel immobile fisco nostro vel potentiori seu aliis personis in testamento sive codicillo legaverit, fideive commiserit, aut per hereditatem reliquerit, etc.

Man hat wohl behauptet [38]), diese letzteren Worte seien nichts als ein anderer Ausdruck für die unmittelbar vorhergehenden, indem sie sonst keinen bestimmten Sinn gäben, allein es ist damit offenbar nichts anderes als eine Erbeseinsetzung [39]) auf diese Sachen, also speciell eine institutio ex re certa gemeint. Nun scheinen diese Worte allerdings einen Fall vorauszusetzen, in welchem neben dem auf das Streitobjekt Instituirten andere gehörig eingesetzte Erben vorhanden sind, indem sonst (abgesehen von den Gründen, welche wir, um nicht der rechtlichen Behandlung dieses Falles vorzugreifen, auf den dritten Abschnitt versparen wollen) die nachfolgende gesetzliche Bestimmung doch mit der Modifikation versehen sein müßte, daß der auf das Streitobjekt Instituirte wenigstens pro rata hereditaria an der Klage participire, und nur nicht ausschließlich dieselbe verfolgen dürfe; allein sicher ist jene Voraussetzung der Kaiser nur eine zufällige, und die Entscheidung muß, nur dann mit der soeben gemachten Modifikation,

---

[38]) Mühlenbruch, Cession §. 31, Note 305.

[39]) Bachofen, a. a. O. S. 70, Note 42. Hierin haben wir also zugleich einen Fall, in welchen die Quellen eine Forderung als Gegenstand der institutio ex re certa erwähnen.

ebensogut auch da gelten, wo sämmtliche übrigen Miterben auf res certae instituirt sind, so gut wie sie in dieser Art gewiß auch dann anwendbar ist, wenn die Erben gehörig eingesetzt sind, Einem oder Einigen unter ihnen aber das Streitobjekt als ein ausdrückliches Prälegat hinterlassen ist.

Außer der rei vindicatio bei zugetheilter res propria testatoris, und der utilis actio bei zugetheilter Forderung muß dem Instituirten, wie jedem Vermächtnißnehmer, die actio personalis ex testamento [40]) gegen die Miterben und deren Universal-Successoren zustehen, dieß selbst wenn die res certa eine res propria testatoris ist, also hier in elektiver Concurrenz mit der rei vindicatio [41]). Gerichtet ist diese Klage zunächst auf Leistung der res certa und alles dessen, was nach den unten sub 2 anzugebenden Grundsätzen zu derselben als accessio rei gehört; außerdem aber auch auf die mögliche accessio obligationis, d. h. auf alles dasjenige, was die Miterben wegen nicht gehörig erfüllter Verbindlichkeit rücksichtlich der res certa noch überdieß zu leisten haben. Dahin gehört zunächst Ersatz des durch ihre Schuld entstandenen Schadens; was hierbei die Prästation der culpa bezüglich der res certa von Seiten der Miterben betrifft, so muß man nach allgemeinen Grundsätzen gewiß so unterscheiden: soferne die res certa auch den Miterben noch pro parte gehört (z. B. für die Zeit, in welcher der auf die res Instituirte die Erbschaft noch nicht angetreten hat), geht die Haftbarkeit wie unter Miterben überhaupt auf diligentia qualis in suis rebus [42]), soferne sie dagegen dem heres ex re certa bereits

---

[40]) Mit diesem Zusatze „ex testamento“ dürfen wir die Klage jedenfalls hier bezeichnen, wenn auch derselbe sonst nicht immer bei persönlichen Klagen aus Vermächtnissen als zulässig erscheint; v. Buchholtz, a. a. O. S. 332, Note 8.

[41]) Dieß von dem Standpunkte des Justinianeischen Rechtes (c. 1 C. comm. de leg. et fid.) aus.

[42]) arg. fr. 25, §. 16 D. fam. erc. (10, 2).

ausschließlich zugefallen ist, haften die Miterben für omnis culpa [43]). Ferner gehört zur accessio obligationis die Prästation der Folgen einer etwaigen mora, insbesondere also die Haftung für casus [44]), für Früchte und Zinsen [45]), wobei sowohl bezüglich dieser Prästationen als des Zeitpunkts des Verzugs ganz die gewöhnlichen Grundsätze der mora gelten [46]). — Gesichert ist der mit der actio personalis zu verfolgende Anspruch auch für den heres ex re certa institutus durch das von Justinian in c. 1 C. comm. de leg. et fid. (6, 43) allen Vermächtnißnehmern gegebene Pfandrecht, und zwar an demjenigen, was die Miterben aus der Erbschaft erhalten haben.

Dagegen ist es dem Erben nicht gestattet, sich in den Besitz der res certa, selbst wenn dieselbe bereits in sein Eigenthum übergegangen ist, durch eigenmächtige Occupation zu setzen; hier würde vielmehr gegen ihn, wie gegen jeden Prälegatar [47]), den Miterben, sofern sie nicht in die Besitzergreifung eingewilligt haben, das interdictum quod legatorum zustehen rücksichtlich derjenigen partes rei, welche in den Erbportionen dieser Miterben enthalten sind.

b) Hat nun der Erbe auf einem der genannten Wege die res certa erworben, so ist der Titel, auf welchen hin er dieselbe inne hat, wie bei jedem Prälegate, ein zweifacher: denjenigen Theil der res certa, welcher in seiner eignen pars hereditaria liegt, hat er jure heredis, diejenigen Theile dagegen, welche er von den partes hereditariae der Miterben bekommt, hat er jure legati. Der Einfluß des Nebeneinanderstehens dieser beiden Titel

---

[43]) arg. fr. 47, §. 5 D. de leg. I.

[44]) fr. 47, §. 6 D. de leg. I, c. 3 C. de usur. leg. (6, 47).

[45]) Paul. sent. rec. III, 8, §. 4, fr. 39, §. 1 D. de leg. I, fr. 87, §. 1 D. de leg. II, fr. 26 D. de leg. III, c. 1, 2, 4 C. de usur. leg. (6, 47).

[46]) Roßhirt, Vermächtnisse, Bd. I, S. 489 ff.

[47]) fr. 1, §. 6 D. quod legatorum (43, 3).

ist auch hier ganz derselbe wie bei jedem Prälegate [48]), es wird davon in einzelnen Rücksichten gelegentlich unten Anwendung gemacht werden, wie wir auch schon vorhin bei dem interdictum quod legatorum eine solche kennen gelernt haben.

2) Wir kommen nunmehr zur zweiten der oben aufgeworfenen Fragen: was gehört alles zu der res certa? Im Allgemeinen ist die Antwort, es kommt darauf an, was der Testator als res certa bezeichnet hat, und es gehört dann zu derselben alles dasjenige, was zu ihr gehören würde, wenn gerade diese res certa Gegenstand eines wirklich angeordneten Vermächtnisses wäre, wofür denn theils die Natur der Sache, theils die Absicht des Erblassers maaßgebend ist.

Hiernach sind folgende Hauptfälle hervorzuheben:

a) besteht die res certa in einem einzelnen Eigenthumsobjekte des Erblassers, so müssen wir davon ausgehen, daß eine solche Sache im Justinianeischen Rechte als Gegenstand eines Vindikationslegates aufzufassen ist; das Eigenthum an derselben wird also dem mit ihr Honorirten sofort mit dem Erbschaftserwerbe (als dem dies veniens) erworben, und von da unmittelbar auf des Erblassers Tod zurückbezogen [49]). Auf den Grund dieses vom Tode des Erblassers an datirenden Eigenthums gehören dann dem auf die Sache Instituirten ganz nach den allgemeinen Grundsätzen über Vindikation einer Sache, welche uns von einer bestimmten Zeit an gehört, alles dasjenige, was auch sonst als Accession einer Sache anzusehen ist, und zwar soweit es schon bei des Erblassers Tode vorhanden war, oder seitdem dazu gekommen

---

[48]) s. darüber v. Buchholtz, a. a. O. S. 344, Note 65 ff.

[49]) Zwar gilt, wie oben gezeigt wurde, die res certa als ein bedingtes Vermächtniß, allein die Bedingung für den Instituirten ist ja gerade die: si heres erit; sobald er aber Erbe wird, wird sein Erbschaftserwerb, und somit auch sein Recht an der res certa, auf den Tod des Erblassers zurückbezogen.

ist; namentlich also, wenn die Sache eine fruchttragende ist, die Früchte, welche bei des Erblassers Tode noch pendentes sind, sowie die von da an weiter aufgekommenen Früchte, wobei indessen der bonae fidei possessor der Sache nur soweit haftet, als er überhaupt wegen der Früchte tenent ist. — Wesentlich verschieden von diesem, ganz unabhängig von einer etwaigen mora solvendi begründeten, rein als accessio rei zu betrachtenden, Eigenthumsrechte an den Früchten der Sache ist der weitere Anspruch auf Früchte, welcher als accessio obligationis durch etwaige mora herbeigeführt wird, und in dem Ersatze auch für die nicht wirklich gezogenen, sondern vernachlässigten Früchte besteht, welche der mit der Sache honorirte Erbe von der mora an hätte ziehen können[50]); ebenso die nach gewöhnlichen Vindikationsgrundsätzen zu

---

[50]) Im Gegensatze zu der gewöhnlichen Lehre, wonach ein Vermächtnißnehmer erst mit der mora des Gravirten einen Anspruch auf die Früchte (soferne dieselben nicht ausdrücklich mitvermacht sind) haben soll, macht schon Mühlenbruch (Lehrb. der Pand. §. 755) auf den Unterschied von accessio rei und accessio obligationis aufmerksam; noch schärfer und richtiger thut dieß Roßhirt (Vermächtnisse Bd. I, S. 480 ff. und 488 ff.), indem er die accessio rei nicht wie Mühlenbruch erst von der Zeit an datirt, wo der Vermächtnißnehmer klagen kann, sondern schon von der Zeit an, wo ihm das Eigenthum als erworben gilt. Daß nämlich: 1) von da an, wo die Sache als sein Eigenthum erscheint, ihm auch die hier vorhandenen und später wirklich aufgekommenen Früchte ebenfalls als Eigenthum mitgehören, dieß wird nicht nur ausdrücklich gesagt, Paul. sent. rec. III, 6, §. 46. fr. 42 D. de usuris (22, 1), sondern es folgt schon von selbst eben aus seinem Eigenthum an der Sache; darum galt es von jeher sowohl für Legate wie für Fideikommisse, nur daß rücksichtlich der Zeit des Eigenthumserwerbes natürlich ein Unterschied nach der Form des Vermächtnisses stattfinden mußte, indem bei dem Vindikationslegat das Eigenthum, weil es mit dem dies cedens ipso jure erworben und dann auf des Erblassers Tod zurückbezogen wird (fr. 80 D. de leg. II) schon mit auf die zur Todeszeit des Erblassers hängenden Früchte ging (Paul. l. c.), während bei den übrigen Vermächtnissen, insbesondere bei allen Fideikommissen, erst von der Eigenthumsübertragung durch den gravatus das Recht auf die nun vorhandenen und aufkommenden Früchte begann (fr. 42 D. cit.); seit Justinian gelten natürlich überall da, wo Eigenthum sofort

beurtheilende Fruchterſatzpflicht eines etwaigen malae fidei possessor der Sache.

Wäre ein Erbe auf eine Forderung inſtituirt, ſo würden zu derſelben als accessio rei rückſtändige Zinſen, Nebenleiſtungen wegen Schadensersatz, und acceſſoriſche Rechtsverhältniſſe (z. B. Pfandrecht, Bürgſchaft) ganz in derſelben Art gehören, wie bei einem wirklich angeordneten legatum nominis [51]).

b) Iſt ein Erbe auf einen Inbegriff von Sachen, auf eine universitas rerum, inſtituirt, ſo richtet ſich die Frage, was Alles dazu gehört, wieder ganz nach den Grundſätzen, welche für eine wirklich vermachte universitas rerum der fraglichen Art gelten [52]). Insbeſondere alſo wird zunächſt des Teſtators deutliche Abſicht entſcheiden, ſodann aber die Meinung, welche die Lebensanſicht überhaupt mit der von dem Erblaſſer genannten res certa ver-

---

übergehen kann und ſoll, die Grundſätze des Vindikationslegats. — Dabei verſteht ſich noch, daß jener als accessio rei erſcheinende Fruchtanſpruch ſich nach den gewöhnlichen Grundſätzen der rei vindicatio erhöhen oder vermindern kann, ſofern gegen einen dritten possessor bonae oder malae fidei geklagt wird. 2) Wenn dagegen die Quellen ſo oft (in der Regel in Verbindung mit Erörterung der Zinspflicht) ſagen, Früchte präſtire der gravatus erſt von der mora an, ſo iſt dieß eben nur von dem Anſpruche zu verſtehen, welcher nicht aus dem Fundamente des Eigenthums (als accessio rei), ſondern rein obligatoriſch aus dem der verzögerten Uebergabe der Sache von Seiten des gravatus an den Vermächtnißnehmer (als accessio obligationis) entſteht; das was hier fructus genannt wird, ſind darum nicht ſowohl wirklich gezogene und vorhandene, ſondern Erſatz für vernachläſſigte (welche der Vermächtnißnehmer a momento morae hätte ziehen können, fr. 39, §. 1 D. de leg. I), alſo keine Eigenthumsobjekte, ſondern Präſtationen, und zwar gelten für dieſelben ganz die gewöhnlichen Grundſätze der mora, womit unter andern zuſammenhängt, daß dieſe, als accessio obligationis erſcheinenden, Früchte im ältern Recht nicht von den legatis (wegen des jus strictum), ſondern nur bei Fideikommiſſen gefordert werden konnten. GAJ. II, §. 280.

[51]) Roßhirt, Vermächtniſſe, Bd. II, S. 250, Nummer VII.

[52]) ſ. darüber Burchhardi, Syſt. u. innere Geſch. des Röm. Privatr. S. 1255—1260.

bindet [53]). Es wird ferner alles dasjenige dazu gehören, was hiernach in dem fraglichen Inbegriff zur Zeit des Todes des Erblassers sich findet [54]), wenn nicht erhellt, daß derselbe nur das zur Zeit der Testamentserrichtung Vorhandene gemeint hat [55]), es wird ferner darauf ankommen, daß die Bestimmung einer Sache gerade die ist, für beständig zu dem fraglichen Inbegriff zu gehören, so daß es unter dieser Voraussetzung gleichgültig ist, ob zur Zeit des Todes des Erblassers eine dahin gehörige Sache zufällig an einem andern Orte anwesend ist [56]), sowie auch umgekehrt eine zufällig anwesende, aber nicht zu dem Inbegriff gehörige Sache, auch nicht zu demselben zu zählen ist [57]). Ebenso werden Forderungen und Schulden keiner Art zu dem Inbegriffe gehören, sofernе sie nicht ausdrücklich mit vermacht sind [58]), daher denn auch, wenn als res certa Alles bezeichnet ist, was sich an einem gewissen Orte findet, die darunter etwa befindlichen Schuldverschreibungen im Zweifel nicht dazu gehören [59]).

Ganz diesen Grundsätzen entsprechend behandelt nun auch Ulpian in §. 3 des fr. 35 D. de her. inst. die Frage, was bei den auf die res Italicae und res provinciales Instituirten zu jedem dieser Vermögen gehöre, dahin: et facit quidem totum voluntas testatoris, nam quid senserit, spectandum est; veruntamen hoc intelligendum erit, rerum Italicarum significatione eas contineri, quas perpetuo quis ibi habuerit, atque ita dispo-

---

[53]) fr. 7, §. 2 D. de suppell. leg. (33, 10).

[54]) Z. B. fr. 21 D. de leg. I. fr. 28 D. quando dies (36, 2).

[55]) Z. B. fr. 7. fr. 40 pr. D. de auro arg. (34, 2).

[56]) fr. 86 D. de leg. III. fr. 20, §. 6. 8 D. de instr. leg. (33, 7).

[57]) fr. 86 D. de leg. III. fr. 18, §. 12 D. de instr. leg. (33, 7). c. 2 C. de V. S. (6, 38).

[58]) Z. B. fr. 6 D. de instr. leg. (33, 7).

[59]) fr. 86 pr. D. de leg. II. fr. 41, §. 6, fr. 92 D. de leg. III. fr. 18, §. 14 D. de instr. leg. (33, 7).

suit, ut perpetuo ibi haberet. Celeroquin si tempore, in quo transtulit in alium locum, non ut ibi haberet, sed ut denuo in pristinum locum revocaret, neque augebit, quo transtulit, neque minuet, unde transtulit; utputa de Italico patrimonio quosdam servos miserat in provinciam, forte Galliam, ad exigendum debitum, vel ad merces comparandas, recursuros, si comparassent, dubium non est, quin debeat dici, ad Italicum patrimonium eos pertinere debere. — Dieß wird sodann in weiteren Beispielen durchgeführt, und ganz in Gemäßheit dieser Grundsätze entscheidet zuletzt in §. 4 und 5 Ulpian die im Anfange der ganzen Stelle aufgeworfene Frage dahin, daß die mit Italischem Gelde in der Provinz erkauften Waaren, so gut wie vor dem Ankaufe dieses Geld selbst, zu den res Italicae gehören, also dem auf dieses Vermögen eingesetzten Erben zukommen.

c) Endlich wird sich, wenn einer der Erben auf eine sog. universitas juris, z. B. auf ein peculium [60]), instituirt sein sollte, der Umfang dieser res certa ganz nach demjenigen bestimmen, was in solchen Fällen in Betracht kommen würde, wenn diese universitas wirklich vermacht wäre. Insbesondere werden hier, im Gegensatze zu den vorhin erwähnten universitates rerum, mit der res zugleich die auf dieselbe bezüglichen Forderungen und Schulden auch in juristischer Verbindung stehen, und darum auf indirektem Wege ausschließlich dem auf die universitas Instituirten aktiv wie passiv zuzuweisen sein [61]).

---

[60]) Im heutigen Rechte würde dieß nur noch bei dem peculium profectitium eines filiusfamilias vorkommen.

[61]) Z. B. bei einer institutio auf ein peculium würden Forderungen und Schulden allerdings zunächst sämmtlichen Erben pro rata hereditaria zustehen, allein Pekuliar-Forderungen hätten die Miterben dem auf das peculium Instituirten entweder zu ihren Raten abzutreten, fr. 19, §. 1 D. de pecul. leg. (33, 8), oder das von ihnen bereits Einkassirte herauszugeben, fr. 5 D. eod.; wegen Bezahlung von Pekuliarschulden müßte er den Miterben caviren, fr. 17, 18 D. eod. Selbst diese Grundsätze würden eine

Der hauptsächliche Fall wird der sein, daß der Testator auf eine ihm erworbene, und somit Bestandtheil seines Vermögens gewordene, Erbschaft einen seiner Erben instituirt; demselben gebührt hier wie bei einem wirklichen legatum hereditatis [62]) alles bei des Testators Tode noch von dieser Erbschaft Vorhandene, besonders auch die etwa noch ausstehenden Forderungen derselben, welche ihm dann die Miterben nach den ihnen jure hereditario zustehenden Raten zu cediren haben, wogegen andererseits er sich ihnen verpflichten muß, die aus dieser Erbschaft etwa noch herrührenden Schulden allein zu bezahlen. Alles dieß wird dann (obwohl rücksichtlich der Forderungen auch actiones utiles hinreichen [63]) bei Auseinandersetzung der Erbschaft dadurch bewirkt, daß der Theilungsrichter den Erben stipulationes des genannten Inhaltes rücksichtlich jener Forderungen und Schulden auferlegt, geradeso wie da, wo er aus sonstigen Gründen einzelne Forderungen oder Schulden der Erbschaft einem der Miterben ausschließlich zuweist, und ganz mit den auch in letzterem Falle eintretenden Wirkungen [64]).

Wir finden nun in den Quellen, und zwar in dem bereits oben (S. 132 a. E. u. S. 150) erwähnten fr. 78 pr. D. de her. inst., in der That einen Fall, in welchem ein Testator institutiones ex re certa auf ihm erworbene Erbschaften angeordnet hat, wobei denn das hier eintretende Rechtsverhältniß ganz in

---

Modifikation erleiden bei denjenigen Forderungen und Schulden, welche zwischen dem Erblasser oder Erben auf der einen, und dem peculium auf der andern Seite bestehen, fr. 6 pr. §. 4 D. eod.

[62]) fr. 76, §. 1 D. de leg. II. Lucio Sempronio lego omnem hereditatem Publii Maevii; Sempronius ea demum onera suscipiet, quae Maevianae hereditatis fuerunt, et in diem mortis ejus, qui heres Maevii extitit, perseveraverunt, sicut vice mutua praestabuntur actiones, quae praestari potuerunt.

[63]) s. oben S. 211, Note 33, 34.

[64]) fr. 2, §. 5, fr. 3 D. fam. erc. (10, 2). fr. 69, §. 2 D. de leg. I.

der eben angegebenen Weise regulirt wird. Der Erblasser hatte auf sein mütterliches Vermögen einen Freigelassenen, auf sein väterliches Vermögen den Titius eingesetzt; Papinian entscheidet, die Eingesetzten seien zwar Erben zu gleichen Theilen, allein der arbiter familiae erciscundae habe des Testators Willen dadurch zu realisiren, daß er, jedoch salva Falcidia, einem jeden der Erben das, worauf ihn der Testator instituirt habe, zuweise: factis adjudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus.

Die hier durch den Druck hervorgehobenen Worte, deren Erklärung oben (S. 150, Note 7) absichtlich verschoben worden ist, verstand man schon von der Glosse an [65]) von Cautionen auf verhältnißmäßige Rückgabe, wenn sich später zeigen sollte, daß wegen jetzt noch unbekannter Ansprüche Dritter gegen die Erbschaft, besonders wegen Schulden und anderweiter Vermächtnisse, der Theilungsrichter zu viel zugewiesen habe. Insbesondere will Cujacius diese Erklärung dadurch bestätigt finden, daß Ulpian am Ende des §. 1 von fr. 35 D. de her. inst. (s. oben S. 128) sagt: quodsi sit incertum, an Falcidia interventura sit, rectissime probatur, officio judicis cautiones esse interponendas; zu dem rectissime probatur sei nämlich zu suppliren a Papiniano [66]) (auf welchen sich Ulpian bereits im Anfange dieses §. 1 beruft), und zwar referire Ulpian diese Entscheidung speciell aus jenen Worten des fr. 78 pr. D. cit., wie denn überhaupt fr. 35 cit. als ein Commentar gerade dieser letzteren Stelle anzusehen sei.

Allein diese Deutung jener cautiones ist unserer Ansicht nach nicht zu billigen, vielmehr erklärt sich deren Sinn aus dem In-

---

[65]) Glossa Accursii ad h. l. verb. cautionibus. — Cujac. comment. ad tit. D. 28, 5 ad h. l. — Pothier, Pandectae lib. 28, tit. 5, Nro. XXXV, not. 2. — Schulting, Notae ad Pand. ed. Smallenburg Tom. V, pag. 72.

[66]) Cujac. in comm. ad tit. D. 28, 5 ad l. 35 verb. rectissime probatur.

dividuellen des vorliegenden Falles, nämlich daraus, daß gerade Erbschaften Gegenstand der Erbeseinsetzungen sind; die Worte interpositis propter actiones cautionibus sind zu beziehen auf die Forderungen und Schulden, welche einerseits aus dem väterlichen, andererseits aus dem mütterlichen Vermögen des Testators etwa noch vorhanden sind, dieß sind die hier gemeinten actiones; Papinian spricht damit aus, der Theilungsrichter habe hier (wie bei jedem legatum hereditatis) unter den Betheiligten diejenigen cautiones (stipulationes) zu vermitteln, durch welche nach dem von uns oben Bemerkten bewirkt wird, daß dem auf eine Erbschaft Eingesetzten die mit ihr zusammenhängenden Obligationsverhältnisse auf indirektem Wege ausschließlich zugewiesen sind.

Sollten sich die cautiones auf eventuelle Rückgabe des Empfangenen beziehen, so hätte dieß Papinian gewiß deutlicher hervorgehoben (etwa so wie es Ulpian in den obigen Worten des §. 1 fin. in fr. 35 cit. thut), außerdem aber wäre es auffallend, daß er dann einen mehr zufälligen und ferner liegenden Punkt berührt hätte, nicht aber den in concreto wesentlichen und nahe liegenden rücksichtlich der fraglichen Obligationsverhältnisse; auch reihen sich nach unserer Erklärung jene Worte viel natürlicher an die vorhergehenden: factis adjudicationibus an, beide zusammen gehen dann auf die Bestandtheile der zuzuweisenden Objekte, rücksichtlich der in den Erbschaften enthaltenen körperlichen Sachen sollen adjudicationes, rücksichtlich der darin befindlichen Forderungen und Schulden sollen cautiones, i. e. stipulationes eintreten.

Ist unsere Ansicht gegründet, so kann auch Ulpian mit den obigen Worten rectissime probatur sich unmöglich hieher auf unser fr. 78 pr. cit. bezogen haben, und wir haben, worauf schon oben (S. 153, Note 12) aufmerksam gemacht wurde, einen Grund weiter für die Unrichtigkeit der Ansicht von Cujacius, daß das fr. 35 D. de her. inst. als ein Commentar des fr. 78 pr. D. eod. anzusehen sei; in §. 1 der ersteren Stelle sagt nämlich Ulpian bei der Frage, wie weit der auf den fundus Cornelianus,

sowie der auf den fundus Libianus Eingesetzte die Erbschaftsschulden zu bezahlen habe: et refert Papinianus — pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse, wie denn lediglich nach diesen Raten in den beiden von fr. 35 cit. besprochenen Fällen (Einsetzung auf die res Italicae und provinciales, auf den fundus Cornelianus und Libianus) sich sowohl Schulden als Forderungen richten, während in dieser Beziehung in dem von fr. 78 pr. cit. unterstellten Falle ein anderes Resultat, wenn auch nur auf indirektem Wege, herbeigeführt wird.

Abgesehen von dieser Stelle Papinian's dürfen wir noch in einem anderen, ebenfalls in den Quellen enthaltenen Falle eine institutio ex re certa, deren Gegenstand eine von dem Testator erworbene Erbschaft ist, erblicken. In const. 14 Cod. de her. inst. (6, 24) sagt Justinian Folgendes: wenn Jemand (der nicht Plotius heißt) folgende Erbeseinsetzung gemacht habe: „Sempronius Plotii heres esto“, so sei dieselbe nach der Annahme der alten Juristen gültig gewesen, wie wenn der Testator, irrthümlich glaubend er heiße Plotius, sich selbst den Sempronius zum Erben eingesetzt habe; dieß solle aufhören, vielmehr eine solche Einsetzung geradezu ungültig sein, außer in zwei Fällen: wenn der Testator dabei zugleich sich zunächst einen Plotius zum Erben eingesetzt habe, Sempronius solle hier als Substitut des Plotius gelten; ferner wenn der Testator einen Plotius beerbt habe, hier sei es offenbar, daß er den Sempronius sich selbst zum Erben ernannt habe, ut per mediam ipsius personam Plotii heres efficiatur; et hoc argumentamur ex antiqua regula, quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem. Augenscheinlich hat Justinian hierbei einen Fall gemeint, in welchem der Testator den Sempronius als einzigen Erben eingesetzt hat, und schon hier wird derselbe als ein heres ex re certa in Betracht kommen, dessen rechtliches Verhältniß sich ganz nach den Grundsätzen unseres ersten Abschnittes zu gestalten hat.

Sollte indessen ein Testator, welcher den Plotius beerbt hat, mehrere Erben, und zwar dieselben sämmtlich auf res certae eingesetzt, dabei aber rücksichtlich eines derselben bestimmt haben: er soll der Erbe des Plotius sein, so hat es auch hier keinen Anstand, daß dieser als ein heres ex re certa institutus, und zwar ganz so zu behandeln ist, wie der in fr. 78 pr. D. de her. inst. auf die bona materna, oder auf die bona paterna instituirte Erbe.

§. 13.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

III. In dem Bisherigen (II) wurde immer vorausgesetzt, daß die Eingesetzten ihre res certae wirklich bekommen; es kann aber auch der Fall sein, daß einer oder der andere der Eingesetzten, obwohl er Erbe wird und Erbe bleibt, dennoch die Sache, worauf er instituirt ist, entweder gar nicht oder doch nicht vollständig bekommt.

Wann dieß eintritt, und wie sich hier das Verhältniß gestaltet, haben wir nunmehr zu untersuchen.

A. Vor Allem ist es möglich, daß der Testator mit Einsetzung auf die res certae die für Zuwendung von Vermächtnissen rechtlich bestehenden Grenzen der Honorirung überschritten hat. Abgesehen von dem, aus guten Gründen erst weiter unten zu erörternden Falle der Ueberschwerung der Erbschaft durch die res certae wird eine solche Ueberschreitung herbeigeführt durch das Vorhandensein von Erbschaftsschulden, durch Pflichttheilsverletzung eines der Instituirten, und durch das Eingreifen der lex Falcidia.

1) Es ist ein allgemeiner Grundsatz für Vermächtnisse, und somit auch für Vorvermächtnisse, daß sie nur soweit gültig sind, als nach Abzug der Erbschaftsschulden noch aktives Vermögen aus dem Nachlasse übrig ist; sie werden gänzlich ungültig, wenn die Schulden größer sind als die Aktiva, sie vermindern sich verhältnißmäßig, wenn nach Abzug der Schulden zwar noch etwas reines Vermögen vorhanden ist, aber nicht soviel, daß

daraus die Vermächtnisse vollständig entrichtet werden können [1]). Diesen Grundsatz finden wir denn auch für unsere institutio ex re certa angewendet von Ulpian in fr. 35 D. de her. inst. Es heißt dort zunächst in §. 1 : Quare si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter (nämlich gerade weil die res certae vice praeceptionum aufgefaßt werden) dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti; durch die letzten Worte soll, wie schon die Glosse [2]) hervorhebt, natürlich nicht gesagt werden, daß hier die Institutionen selbst, und somit das Testament, ungültig werde, Erben bleiben die Instituirten, aber sie erhalten nichts, und so werden sich die Vorvermächtnisse der res certae nicht realisiren. Es heißt ferner in §. 2 jener Stelle : Quae res facit, ut si forte in aliis facultatibus plus sit — in aliis minus, et aeris alieni ratio urgeat, dici imminutionem eandem fieri, quam supra ostendimus.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß seit Nov. 1, cap. 2, §. 2 auch hier derjenige Miterbe, welcher ein Inventar nicht errichtet hat, den von ihm zu prästirenden Theil der den Miterben zustehenden res certae vollständig zu leisten hat, etsi legatorum praestatio modum purae substantiae defuncti excedat.

2) Es kann sein, einem oder mehreren der Instituirten sind res certae von so großem Werthe zugewendet, daß dadurch andere Instituirte, welche zugleich Pflichttheilsberechtigte des Testators sind, in ihrem Pflichttheile verletzt werden. Wie gestaltet sich hier das Rechtsverhältniß ?

---

[1]) §. 1 J. de sing. reb. (2, 24). fr. 66, §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2): — legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit. fr. 17 D. de mort. caus. don. (39, 6). c. 15 C. de legat. (6, 37). — v. Buchholtz, a. a. O. S. 437.

[2]) Glossa ad h. l. verb. „nullius“ : quoad hoc ut valeant praeceptiones; heredes tamen sunt, quia hereditas dicitur etiam quae solvendo non est. — S. auch v. Buchholtz, a. a. O. S. 12, Note 54 a. E., S. 600, Note 269.

a) Was zunächst die Frage betrifft, ob ein pflichttheilsberechtigter heres ex re certa institutus in dem Betrage seines Pflichttheils verletzt ist, was er sich also in denselben einzurechnen hat, so gelten darüber ganz die gewöhnlichen Grundsätze. Außer seinem Antheile an dem etwa unvertheilten Reste des Nachlasses hat er sich namentlich auch die res certa selbst, auf welche er instituirt ist, einzurechnen, und, wenn dieselbe eine fruchttragende Sache ist, auch die bei des Erblassers Tode noch hängenden Früchte derselben, nach dem Betrage, zu welchem sie in dem gedachten Momente die substantia testatoris vermehren [3]); nur soviel, als ihm hiernach an dem Quantum seines Pflichttheils noch fehlt, kann er weiter beanspruchen.

Daß er sich seine res certa einrechnen muß, ist nicht nur eine selbstverständige Folge der allgemeinen in §. 6 J. de inoff. test. (2, 18) und c. 36 pr. C. eod. (3, 28) ausgesprochenen Grundsätze, indem er die Sache mortis causa (theils jure hereditario, theils jure legati) unmittelbar ex substantia testatoris erhält [4]), sondern es wird auch noch ausdrücklich bestimmt von Justinian in Nov. 115, cap. 5 pr. :

---

[3]) arg. fr. 9 pr. D. ad leg. Falc. (35. 2). Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XXXV, S. 284, Note 44. Ebenso ist es mit etwaigen andern, zur Zeit des Todes des Erblassers bereits fälligen Nutzungen der res certa. — Nicht damit zu verwechseln ist die Frage, wieweit der ex re certa instituirte Pflichttheilsberechtigte einen Anspruch auf die Früchte der res certa habe? Dieß beantwortet sich ganz nach den Grundsätzen, welche wir bereits oben S. 216 ff. über den Fruchtanspruch als accessio rei und obligationis kennen gelernt haben; einzurechnen braucht er sich die erst nach des Testators Tode aufgekommenen Früchte nicht, da ihm die späteren Aufkünfte seiner Sache ohnedieß gehören, und der Pflichttheil ex ipsa substantia defuncti hinterlassen werden muß. Glück, Comm. Bd. VII, S. 116, Nr. 1 und Mühlenbruch in Glück Comm. Bd. XXXV, S. 329, Note 64.

[4]) Wäre der Pflichttheilsberechtigte mit einem Andern gemeinschaftlich auf die res certa instituirt (wie die duo Titii, welche nach fr. 11 D. de her. inst. auf eine insula eingesetzt sind), und der andere fiele vor dem

Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus; quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur.

Zwar spricht diese Stelle nur von dem Falle, wenn neben dem ex re certa instituirten Pflichttheilsberechtigten andere Erben gehörig eingesetzt sind, und dieser Fall wird allerdings manche Verschiedenheiten im Vergleiche zu dem unsrigen haben; allein dieß dürfen wir hier vorerst dahin gestellt sein lassen, namentlich die Frage, ob auch hier der Instituirte die res certa theils jure hereditario, theils jure legati, oder aber rein jure hereditario, oder rein jure legati erhält; das ist jedenfalls gewiß, daß ihm dieselbe auch hier mortis causa ex substantia testatoris zugewendet ist, wir sind darum vollständig berechtigt, die in diesem Falle vorausgesetzte Einrechnung der res auf den Pflichttheil auch für den Fall anzunehmen, wenn sämmtliche Miterben ebenfalls auf res certae eingesetzt sind, sowie ferner für den Fall, wenn der Pflichttheilsberechtigte der einzige eingesetzte Erbe ist, und die seiner Institution beigefügte Beschränkung auf eine res certa ausnahmsweise aufrecht erhalten wird (s. oben S. 120 ff.).

Im Widerspruche mit dem Gesagten behaupten nun aber manche Juristen[5]), der Notherbe, welchem der Erblasser eine

---

Erwerbe weg, so wäre anwendbar die Bestimmung der c. 36 pr. C. de inoff. test. — non si quid ex aliis causis filius lucratus sit, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi, in dem Sinne, in welchem dieselbe m. A. n. mit Recht verstehen: Franke, R. der Notherben S. 231, Mühlenbruch a. a. O. S. 294 ff., v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II, §. 476, Note 2 u. A.; der Pflichttheilsberechtigte müßte sich also den ihm accrescirenden, deducta re geschaffenen, Erbtheil seines weggefallenen conjunctus einrechnen, dagegen nicht auch diejenigen ihm accrescirenden Theile der res certa, welche der conjunctus von den Miterben jure legati erhalten hätte.

5) Glück, Comm. Bd. VII, S. 117, Nummer 2, und die dort Citirten.

res certa, wenn auch erbeinsetzungsweise, zugewendet habe, brauche sich dieselbe in der That nicht in den Pflichttheil einzurechnen, er brauche sich nicht zu begnügen mit der Ergänzung blos dessen, was der Werth dieser Sache weniger als sein Pflichttheil betrage, es gehe ihm mehr ab, nämlich ein ihm an den sämmtlichen Gütern des Erblassers (die res certa ausgenommen) gebührender, dem Pflichttheile gemäßer Antheil, dieser müsse ihm sonach ergänzt werden. Diese Meinung will man begründen 1) durch die Behauptung, der Pflichttheil sei keine pars bonorum, kein Quantum der materiellen Vermögensbestandtheile des Nachlasses, sondern, worauf namentlich auch die Bestimmung der c. 36 pr. C. de inoff. test., daß der Pflichttheil ex ipsa substantia defuncti hinterlassen werden müsse, hinweise, eine pars universitatis bonorum gerade so wie die Intestatportion selbst, deren Theil die portio legitima sei, also eine pars hereditatis, ein Bruchtheil des ideellen Begriffes der hereditas, welcher sich, wie die hereditas selbst, gleichmäßig über sämmtliche materielle Bestandtheile der Erbschaft erstrecke. 2) Sodann aber sollen mit der Meinung jener Juristen keineswegs die obigen Worte der Nov. 115. cap. 5 pr. im Widerspruche stehen, Justinian sage nämlich damit nur, daß, wenn einer oder einige Notherben Erben genannt seien, aber mit bestimmten Sachen zufrieden sein sollten, darum das Testament nicht ungültig sei; nicht aber werde damit gesagt, daß die Instituirten mit diesen Sachen wirklich zufrieden sein, beziehungsweise sich dieselben in den Pflichttheil einrechnen müßten, vielmehr wolle Justinian, daß sie sich das, was ihnen am Pflichttheile (das heiße aber: an der ihnen gebührenden Rate des intellektuellen Begriffes der hereditas) abgehe, ergänzen dürfen.

Allein diese ganze Ansicht ist, wie zum Theile schon Mühlenbruch[6]) gezeigt hat, völlig unhaltbar. 1) Zunächst nämlich ist

---

[6]) in Glück Comm. Bd. XXXV, S. 328—330.

es unrichtig, den Pflichttheil als eine Quote des Nachlasses aufzufassen, er ist keine pars hereditatis, sondern pars bonorum. Dafür spricht vor Allem die ganze Bedeutung des Pflichttheilsrechts als der materiellen Seite des Notherbrechts. Allerdings wird in der Compilation der Pflichttheil genannt quarta legitimae partis [7]), quarta pars ab intestato successionis [8]), allein diese und ähnliche Ausdrücke bezeichnen nicht den Anspruch auf eine Erbquote dieser Größe, sondern den Anspruch auf soviel Vermögensbestandtheile, als der Berechtigte, wäre er wirklich Erbe auf jene portio portionis ab intestato, durch dieselbe und in derselben materiell bekommen würde, gerade wie die Falcidia (und bekanntlich nennen die Quellen auch gerade den Pflichttheil Falcidia oder quarta schlechthin) demjenigen, welcher wirklich Erbe ist, einen Anspruch auf quartam partem bonorum gibt, d. h. auf ein Viertheil des materiellen Werthes [9]) dessen, was er jure heredis bekommt. — Ferner sprechen gegen jene Auffassung die anerkannten Grundsätze über Hinterlassung des Pflichttheils. Wäre derselbe eine Quote der Erbschaft, so müßte er nothwendig mortis causa, und zwar titulo heredis institutionis zugewendet werden, während er doch bekanntlich, ganz oder theilweise, auch titulo singulari (unbedingt durch Zuwendung mortis causa, wie Legat oder donatis m. c., unter gewissen Voraussetzungen auch durch Zuwendung inter vivos) hinterlassen sein darf. Nun können aber die Objekte solcher Zuwendungen titulo singulari weder Rechtsbegriffe, noch Quoten von Rechtsbegriffen sein, sondern nur materielle Vermögensbestandtheile, wenn auch noch so große Aggregate von Bestandtheilen; denn überall da, wo Vermögen titulo singulari zugewendet wird, kommt dasselbe

[7]) §. 3 J. de inoff. test. (2, 18).

[8]) c. 31 C. eod. (3, 28).

[9]) f. z. B. die Ausdrucksweise in dem ganzen tit. Inst. ad leg. Falc. (2, 22).

nicht als Einheit, nicht als Rechtsbegriff in Betracht, wie es umgekehrt da, wo es als Rechtsbegriff in Betracht kommt, titulo universali übergeht. Auch ist wohl zu beachten, daß alle jene titulo singulari gemachten Zuwendungen in den Pflichttheil eingerechnet werden, wie aber ließe sich überhaupt ein Einrechnen denken, wenn der Pflichttheil eine Quote der Erbschaft wäre? eine pars hereditatis ist wie die hereditas selbst (s. oben S. 96 a. E.) unabhängig von materiellen Bestandtheilen, leidet keinen Abzug [10]), also auch kein Einrechnen derselben, dieß ist vielmehr nur bei bona möglich, ebenso wie das, auch für die Pflichttheilsberechnung nöthige, Abziehen von Schulden und der Werthanschlag des Vermögens. — Allerdings kann der Pflichttheil auch titulo heredis institutionis hinterlassen werden, d. h. der Berechtigte kann eingesetzt werden auf eine seiner portio portionis ab intestato entsprechende pars hereditatis, allein selbst hier besteht sein Pflichttheil lediglich in den in dieser pars enthaltenen materiellen Vermögensbestandtheilen [11]), nicht in der ideellen pars hereditaria selbst, was sich namentlich darin zeigt, daß wenn dem so Instituirten Vermächtnisse auferlegt sind, er nun doch in seinem Pflichttheile verkürzt erscheint, eben weil ihm nun materielle Bestandtheile seiner pars hereditaria entgehen, während diese selbst unverändert besteht, indem er fortwährend nach dieser Rate heres partiarius bleibt. — Insbesondere aber kann die Natur des

---

[10]) Darum ist auch schon das unjuristisch, daß die Gegner sagen, es gebühre dem Pflichttheilsberechtigten ein der legitima entsprechender Antheil an sämmtlichen Gütern des Erblassers, die res certa ausgenommen.

[11]) Daraus rechtfertigt sich aber noch keineswegs die Ansicht mancher Juristen, z. B. A. Faber errores pragm. Dec. 14 err. 6 (welcher in Dec. 15 err. 2 ebenfalls die Ansicht vertheidigt, daß res certae in den Pflichttheil einzurechnen sind), wonach eine Einsetzung „auf den Pflichttheil" jedesmal als eine institutio ex re certa gelten müsse, es kann sehr wohl sein, daß der Testator mit diesem Ausdrucke eine der portio legitima entsprechende Erbschaftsquote gemeint hat. Wir werden auf diesen Punkt am Schlusse der Abhandlung zurückkommen.

Pflichttheils als einer Quote der Erbschaft auch nicht aus der Bestimmung der c. 36 pr. C. de inoff. test. abgeleitet werden, wonach der unvollständige Pflichttheil ex ipsa substantia patris ergänzt werden soll, denn abgesehen davon, daß derselbe Gedanke kurz darauf in derselben Stelle dahin ausgedrückt wird, die Ergänzung geschehe ex rebus substantiae, womit offenbar nur materielle Vermögensbestandtheile gemeint sind, bezeichnet das Wort substantia selbst nie den Rechtsbegriff der hereditas, sondern das Aggregat der Nachlaßbestandtheile, wie dies besonders daraus erhellt, daß erst Justinian eine mit den Worten: »filius alienus meae substantiae sit“ geschehene Exheredation für nicht ungültig erklärt hat (s. oben S. 51), was nicht nothwendig gewesen wäre, wenn das Wort substantia juristisch an sich schon den Rechtsbegriff der hereditas bezeichnete. — Sowenig wie das bisher besprochene Fundament der Ansicht der Gegner zu halten ist, so wenig läßt sich 2) ihre Auslegung der obigen Worte der Nov. 115 cap. 5 pr. rechtfertigen; diese ist so offenbar verfehlt, daß dieß kaum einer besonderen Erörterung bedarf. Allerdings ist Justinian's hauptsächliche Bestimmung in diesen Worten die, daß wenn einer oder einige Notherben auch nur auf res certae instituirt seien, das Testament darum doch gültig bleibe (den Grund davon können wir erst unten in dem dritten Abschnitte besprechen), wenn er aber dabei weiter sagt, das dem so Instituirten etwa am Pflichttheile fehlende solle ihm ergänzt werden, so meint er damit keine Ergänzung einer sich über alle Güter des Erblassers erstreckenden pars hereditaria, ja er konnte dieß nicht meinen, denn wenn, wie hier, dem Pflichttheilsberechtigten nur eine res certa, und gar keine pars hereditaria von dem Testator hinterlassen ist, wie soll er sich die pars hereditaria ergänzen? das Ergänzen kann sich nur auf das wirklich Hinterlassene beziehen, dieß aber ist eben die res certa, und somit beweist gerade die von Justinian vorgeschriebene Ergänzung, daß der Werth der res certa ergänzt, diese also in der That in

den Pflichttheil eingerechnet werden soll, wie sich auch nach allgemeinen Grundsätzen und nach Justinian's anderweiten Gesetzen, auf welche er selbst mit den Worten secundum alias nostras leges hinweist, von selbst versteht; denn wären res certae, auf welche der Pflichttheilsberechtigte instituirt ist, nicht einzurechnen, so müßte (wenigstens soweit wir bis jetzt die juristische Behandlung der institutio ex re certa kennen gelernt haben) überhaupt der doch anerkannte Satz über den Haufen fallen, daß titulo singulari gemachte letztwillige Zuwendungen in den Pflichttheil einzurechnen sind, da alle Zuwendungen titulo singulari nur res certae, d. h. eben materiell bestimmte Vermögensgegenstände, wenn auch in noch so großem Umfange, zum Objekte haben können.

b) Die weitere Frage ist nun, auf welchem Wege der auch nach Einrechnung der res certa etwa noch vorhandenen Pflichttheilsverletzung abzuhelfen ist? Eine ausdrückliche Stelle darüber für den Fall, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, haben wir nicht, und Justinian's Bestimmung in den Worten der Nov. 115, cap. 5 pr.: hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur, welche auf die sogenannte actio suppletoria zu gehen scheint, und auch in diesem Sinne verstanden wird, müssen wir in dieser Rücksicht vorerst außer Augen lassen, da sie von dem Falle spricht, wenn nur einer oder einige der Miterben auf res certae instituirt sind; auf diese Stelle durften wir zwar bei der bisherigen Frage Rücksicht nehmen, da das Einrechnen der res certa, eben weil sie jedenfalls mortis causa ex substantia defuncti kommt, für einen jeden Fall der institutio ex re certa gleichmäßig gelten muß, für die gegenwärtige Frage aber könnte die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit von Justinian's Bestimmung auf die uns hier vorliegenden Fälle, sowie ihre Erklärung in dem von Justinian selbst unterstellten Falle nur dann in Betracht kommen, wenn bereits feststünde, wie eine institutio ex re certa neben gehörigen Erbeseinsetzungen juristisch aufzufassen ist, denn nur hier-

nach läßt sich bemessen, wodurch der so Instituirte verletzt, und wie also der Verletzung abzuhelfen sein wird.

Wir bedürfen aber auch in der That keiner besondern Entscheidung, es ergibt sich alles aus den allgemeinen Grundsätzen über Pflichttheilsverletzung. Hiernach kommt es für Beantwortung der Frage, auf welchem juristischen Wege dieser Verletzung abzuhelfen ist, zunächst darauf an, wodurch die Verletzung herbeigeführt wird, worin dieselbe besteht.

Wäre nun das dem Instituirten Zugewendete (die res certa und sein Antheil an dem etwa unvertheilten Vermögensreste) so groß, daß es an sich seinen Pflichttheil nicht verletzt, derselbe wäre vielmehr nur durch Vermächtnisse an Nichterben verkümmert, welche dem Instituirten auferlegt sind, so würden diese Vermächtnisse gemäß der const. 32 C. de inoff. test. bis zum Belaufe des gravamen als nicht geschrieben zu betrachten sein, womit der Verletzung einfach abgeholfen wäre.

Wir haben aber hier vornemlich den Fall vor Augen, wenn das dem Pflichttheilsberechtigten Zugewendete an sich schon dessen Pflichttheil verletzt, indem den übrigen Instituirten, allen oder einigen, zu viel zugewendet ist.

Wollte man hier die institutio ex re certa lediglich aus dem Gesichtspunkte ihrer Anordnung durch den Erblasser betrachten, so müßte man ganz allgemein sagen, es sei dem Pflichttheilsberechtigten hier direkt zu wenig zugewiesen; die Folge wäre, daß c. 30 C. de inoff. test. zur Anwendung kommen, also dem Verletzten gegen seine Miterben ein persönliches Ergänzungsrecht, mit der sog. actio ad supplendam legitimam, zustehen würde.

Betrachtet man dagegen die institutio ex re certa aus dem Standpunkte ihrer juristischen Construktion, wonach die Erben als sine parte instituirt, die res certae aber als Prälegate gelten, so muß man zu folgender Unterscheidung kommen:

Ist nicht nur das, was der Instituirte bekommt (seine res certa und sein Antheil an dem etwa Unvertheilten), sondern

schon die ihm deducta re geschaffene pars hereditaria so klein, daß ihr Werth nicht dem Pflichttheile gleich kommt [12]), dann würde er zunächst die in seiner Erbportion liegenden Theile der den Miterben zugewendeten res certae diesen nicht zu prästiren haben, weil diese Theile als gravamina seiner Erbportion erscheinen, und somit nach c. 32 C. de inoff. test. als nicht geschrieben gelten; was ihm hiernach noch außerdem an seinem Pflichttheile abgeht, hätten ihm die Miterben in Gemäßheit der c. 30 cit. zu ergänzen.

Ist aber wenigstens sein deducta re geschaffener Erbtheil so groß, daß dessen Werth dem Pflichttheile genügt und nur das, was er materiell daraus behält und von den Miterben bekommt, verkürzt ihn, so würde die Verletzung lediglich darin bestehen, daß er aus seiner pars hereditaria zu viel an die Miterben abgeben muß, während er seinerseits von denselben zu wenig bekommt, m. a. W., es würden lediglich gravamina vorliegen, und somit die c. 32 cit. Platz greifen, die gravamina, soweit sie dieß wirklich sind, hätten nun von selbst keine Gültigkeit, es bedürfte, wie bei einer jeden Pflichttheilsverletzung dieser Art [13]), keiner actio ad supplendam legitimam, sondern der Verletzte könnte das den Miterben Abzutretende verhältnißmäßig in seiner Erbportion zurückbehalten, oder wenn er dasselbe (jedoch weder freiwillig noch aus Rechtsirrthum) bereits herausgegeben hat, zurückfordern mit der condictio indebiti oder mit der rei vindicatio.

Diese Entscheidungen aus dem Standpunkte der juristischen Construktion der institutio ex re certa halte ich denn auch für

---

[12]) z. B. der Testator hat nur einen einzigen Sohn als Pflichttheilsberechtigten, er instituirt denselben und drei extranei auf res certae, welche sein gesammtes Vermögen erschöpfen, die dem Sohne zugewendete Sache ist kleiner als sein Pflichttheil; hier verkürzt ihn nicht nur diese Sache, sondern schon seine pars hereditaria, sie beträgt nur 1/4, während er in dem vorliegenden Falle nach Nov. 18 c. 1 Anspruch auf 1/3 des Vermögens hat.

[13]) Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XXXVI, S. 20, Not. 36, 37.

die richtigen; bedenkt man indessen, daß hierdurch die res certae der Andern, soweit sie den Pflichttheil verletzen, verkürzt werden, so möchte, um auch die Dispositionen des Testators zu Gunsten der Miterben vollständig aufrecht zu erhalten, neben dem bisher angegebenen auch noch der andere Weg zulässig sein, daß diesen Erben gestattet ist, dem Verletzten das Fehlende in Geld zu zahlen, um so das ihnen selbst Zugedachte in Natur vollständig zu erhalten.

Ebenso möchte es keinen Anstand haben, daß statt aller besonderer Rechtsmittel auch der Theilungsrichter bei Auseinandersetzung der Erbschaft die Pflichttheilsrücksichten beachten und realisiren darf; es folgt dieß von selbst daraus, daß im judicium fam. erc. alle Ansprüche der Miterben gegen einander gewahrt werden sollen, es wird uns aber dieser Weg überdieß ausdrücklich angegeben für die divisio bonorum der Eltern unter ihren Kindern [14];

---

[14]) c. 8 pr. de inoff. test. (3, 28). c. 16 und 21 C. fam. erc. (3, 36). — Bei Theilung der Eltern unter Kindern halten viele Juristen wegen dieser Stellen die act. fam. erc. für das einzige Rechtsmittel zur Beseitigung der Pflichttheilsverletzung (Euler, de test. et divis. par. inter liberos §. 88 in f., Mühlenbruch in Glück Comm. Bd. XLII, S. 243, Not. 1, Burchardi, Syst. und innere Gesch. des röm. Privatr. S. 1131, Not. 48, v. Buchholtz, Prälegate S. 570, Note 147 u. A.), während Andere (s. die bei Mühlenbruch a. a. O. Citirten) die actio suppletoria als hier anwendbar bezeichnen. Allein es gilt bei Theilungen der Eltern unter Kindern rücksichtlich der Rechtsmittel wegen Pflichttheilsverletzung durchaus nichts besonderes, die act. fam. erc. findet allerdings jedesmal statt, aber nicht ausschließlich, sondern ebensogut die besondern Rechtsmittel, sofern deren Bedingungen da sind, und unter dieser Voraussetzung dann auch die a. suppletoria. Alles kommt auch hier auf die Art der Verletzung an, diese aber beurtheilt sich lediglich nach der juristischen Auffassung der divisio bonorum; nun besteht diese nach den obigen Ausführungen (S. 169 ff.) darin, daß der Erblasser die Delation der Erbschaft, also die partes hereditariae, als anderweit bestimmt voraussetzt, die Zutheilungen aber als gegenseitige Vorvermächtnisse gelten. Geschieht nun die Theilung: 1) unter Voraussetzung der Intestaterbfolge, so sind die Kinder gerufen auf ihre volle Intestatportion, hinsichtlich dessen, was ihnen direkt, jure hereditario, zufällt, sind sie also nicht verletzt, sondern nur dadurch, daß

ein Grund, denselben auf diese letzte Verfügung zu beschränken, ist nicht ersichtlich.

3) Wir gehen zu einer weiteren Erörterung über. Es kann sein, einer der Instituirten hat den Miterben zu ihren res certae soviel aus seiner detracta re geschaffenen pars hereditaria abzutreten, daß ihm aus letzterer nicht einmal ein freies Viertel übrig bleibt; eben dasselbe kann für mehrere Instituirte eintreten. Es

---

ihnen zu wenig Sachen zugetheilt sind, die Verletzung besteht hier darin, daß sie an die Miterben zu große Vermächtnisse zu prästiren haben, also gravamina. Vor Nov. 18 c. 1, so lange der Pflichttheil $1/4$ der Intestatportion betrug, half nun hier schon die quarta Falcidia (fr. 8 §. 11 D. de inoff. test.), und so erklären sich die obigen Stellen, wenn man nur eben das bedenkt, daß in denselben die Kinder als Intestaterben vorausgesetzt werden. Seit c. 30 C. de inoff. test. bedarf es hier des Quartabzugs nicht mehr, seit Nov. 18 c. 1 reicht derselbe sogar nicht mehr aus. Die Folge für das neueste Recht ist nun, daß dasjenige, was der Verletzte an die Miterben abzutreten hat, von selbst ungültig ist, soweit es seine pars hereditaria über den Pflichttheil hinaus gravirt, also tritt hier zwar keine a. suppl. ein, wohl aber Retention oder Rückforderung, und ebenso können fortwährend im judicium fam. erc. diese Rücksichten gewahrt werden. 2) Geschah die Theilung an die Kinder als Testamentserben, dann gilt ganz die oben für unsere institutio ex re certa gemachte Unterscheidung, wonach es für die Art der Verletzung und des dadurch begründeten besonderen Rechtsmittels darauf ankommt, ob schon die (hier durch Anordnung des Testators selbst bestimmte) pars hereditaria des Verletzten, oder nur die ihm zugewiesene res zu klein ist; statt der hiernach begründeten besonderen Rechtsmittel reicht aber auch das jud. fam. erc. aus, und zwar im neuesten Recht jedesmal, während vor c. 30 C. de inoff. test. in der That das Testament als inofficiös und die Querel als begründet dann gelten mußte, wenn nicht blos die res den Pflichttheil verletzte, sondern das Kind schon auf eine so kleine pars hereditaria instituirt war, daß es sich durch Abzug der Quart (mit Einrechnung des Zugewiesenen) den Pflichttheil nicht frei machen konnte; auf einen Fall der Art gehen in c. 16 C. fam. erc. die Worte: filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. — Alles bisher Gesagte gilt auch für Theilungen an andere Pflichttheilsberechtigte als Kinder, eben weil es seinen Grund hat in der juristischen Auffassung der divisio, diese aber für alle Erben dieselbe ist.

fragt sich daher, wie gestaltet es sich in einem solchen Falle mit der Anwendbarkeit der lex Falcidia?

a) Daß nach dem Rechte der Compilation die Falcidia hier wirklich Platz greift, leidet keinen Zweifel.

Es ist nach diesem Rechte ein allgemeiner, von dem Willen des Testators ganz unabhängiger, Grundsatz, daß, wie die simplen Vermächtnisse so auch die Prälegate dem Abzuge der Quart unterworfen sind, und schon darum dürfen wir annehmen, daß dieser Grundsatz auch in dem hier vorliegenden Falle für jene Zeit zur Anwendung kommt, eben weil die res certae rechtlich als Prälegate behandelt werden. Wir finden dieß aber überdieß in den Quellen ausdrücklich bestätigt; zunächst sagt Ulpian in fr. 35 §. 1 D. de her. inst.: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio judicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones, das heißt eben, die res certae unterliegen der Falcidia geradesogut wie wenn sie wirklich und formell als Prälegate von dem Testator zugewendet wären. Allerdings wird, wie schon die Glosse mit Recht annimmt, in dieser Stelle für den da vorliegenden Fall vorausgesetzt, daß außer den institutiones ex re certa auch noch an Nichterben simple Vermächtnisse zugewendet sind, durch deren Concurrenz erst der Abzug der Quart nöthig wird (ein Fall, welchen wir vorerst hier unberücksichtigt lassen), allein daß auch ohne solche Concurrenz die res certae dem Quartabzuge unterworfen sind, soferne sie an sich schon den Erbtheil eines oder mehrerer Instituirten beschweren, versteht sich nicht nur von selbst, sondern wird uns auch ausdrücklich bezeugt von Papinian in fr. 78 pr. D. de her. inst., indem er da sagt, der arbiter fam. erc. habe die Zutheilung der res certae des väterlichen und mütterlichen Vermögens des Erblassers an die darauf Instituirten zu bewerkstelligen salva Falcidia; es ist hier der Fall vorausgesetzt, daß die eine dieser res certae die pars hereditaria des anderen Erben so-

weit beschwert, daß ihm nicht einmal ein freies Viertel derselben bleibt. [15])

Auch im Einzelnen werden daher die Grundsätze der Falcidia für unsere res certae zur Anwendung zu bringen sein.

So kommt es bei allen Vermächtnissen vor, daß, wenn die Frage, ob überhaupt die Quart abzuziehen ist, oder wie groß der Abzug sein wird, noch zweifelhaft ist, — sei es daß der reine Betrag des Nachlasses in irgend einer Beziehung noch nicht feststeht [16]), oder daß noch ungewiß ist, wieviel durch letztwillige Zuwendungen an Andere dem gravirten Erben an seinem Erbtheile abgeht [17]), — der Letztere von dem Honorirten, welchem er einstweilen ohne den vielleicht nöthigen Abzug das Vermächtniß leistet, Caution verlangen kann für Restitution dessen, was sich später nach Beseitigung jener Ungewißheiten als zuviel geleistet herausstellen könnte, oder daß umgekehrt der Honorirte von dem Erben, welcher, die noch zweifelhaften Verminderungen einstweilen für gewiß annehmend, vorerst das Vermächtniß in geringerem Betrage auszahlt, Caution für später nöthig werdende Nachzahlung verlangen kann. [18]) — Die Zulässigkeit solcher Cautionen auch bezüglich unsrer res certae finden wir ausdrücklich erwähnt von Ulpian in fr. 35 §. 1 fin. D. cit.: quod si fuerit incertum, an Falcidia interventura sit, rectissime probatur, officio judicis cautiones esse interponendas, wogegen man, wie bereits oben (S. 222 ff.) gezeigt worden ist, in diesem Sinne nicht mit der gemeinen Meinung auch die Worte: interpositis propter actiones cautionibus in fr. 78 pr. D. cit. verstehen darf.

---

[15]) Gerade besonders darum, weil Papinian namentlich auch die Anwendung der lex Falcidia auf den von ihm behandelten Fall der inst. ex re certa angibt, beginnt er die Stelle mit den Worten: Qui non militabat (s. oben S. 152, Note 11 a. E.).

[16]) z. B. fr. 1 §. 17, fr. 43, fr. 63 §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2.)

[17]) z. B. fr. 1 §. 16, fr. 45 §. 1, fr. 73 §. 2, fr. 94 D. eod.

[18]) fr. 73 §. 1 D. eod.

Einrechnen in seine Quart muß sich der Instituirte, wie jeder Prälegatar [19]), alles dasjenige, was er titulo heredis erwirbt, namentlich also bezüglich der ihm zugewendeten res certa denjenigen Theil derselben, welcher auf seiner eigenen pars hereditaria ruht, welchen er also jure heredis inne hat, während er diejenigen Theile der res certa, welche er von den Portionen seiner Miterben, also jure legati, erhält, supra quartam hat.

Diese letztere Bemerkung muß indessen gerade bei unseren institutiones ex re certa, aber eben nur wieder in Anwendung eines anderweiten allgemeinen Grundsatzes, eine Modification erleiden. Bei solchen Vermächtnissen nemlich, welche sich Miterben gegenseitig zu prästiren haben, — seien es eigentliche, d. h. e media hereditate zugewendete, Prälegate [20]), oder seien es sog. Wechsellegate, d. h. solche, bei denen die Honorirten lediglich gegenseitig an einander, nicht auch zum Theile an ihre eigene Erbportion, gewiesen sind [21]) — gilt der auf Billigkeit gegründete Satz, daß der in seiner Quart verletzte Erbe doch demjenigen Miterben gegenüber, von welchem er selbst ebenfalls ein Vermächtniß empfängt, bis zum Belaufe dieses (obwohl nur jure legati) zu Empfangenden die Quart nicht abziehen darf; er muß sich vielmehr dasselbe aufrechnen auf dasjenige, was er gerade diesem Miterben quartae nomine sonst abziehen dürfte, während er den übrigen an ihn gewiesenen Honorirten gegenüber einerseits dasselbe nach gewöhnlichen Grundsätzen supra quartam hat, und ihnen andrerseits nicht soweit den Quartabzug erhöhen darf, als er denselben jenen Miterben gegenüber eingebüßt hat [22]).

---

[19]) fr. 74, 86, 91 D. eod. c. 24 C. fam. erc. (3, 36). — v. Buchholtz a. a. O. S. 440, Note 9 ff.

[20]) fr. 94 D. ad leg. Falc. (35, 2).

[21]) fr. 22 pr. D. eod.

[22]) s. über diese Compensation gegenseitiger Vermächtnisse v. Buchholtz a. a. O. S. 447—459.

In der That stellen sich nun unsere res certae, vermöge der juristischen Construktion ihrer Zuwendung an die auf dieselben Instituirten, als solche gegenseitige Vermächtnisse dar, und somit ist die Anwendung der eben erwähnten sog. compensatio legatorum mutuorum auf dieselben von selbst gegeben; diese Anwendung wird denn auch ausdrücklich gemacht von Papinian am Schlusse des fr. 78 pr. D. de her. inst. mit den Worten : scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur. [23]) Ist also ein Instituirter an sich in der Lage, mehreren seiner Miterben die Quart abzuziehen bezüglich dessen, was er aus seinem Erbtheile zu ihren res certae beizutragen hat, so kann er jedem einzelnen doch nur soweit dessen res certa kürzen, als er nicht bereits durch dasjenige gedeckt ist, was er als Beitrag zu seiner eigenen res certa gerade von diesem Miterben erhält.

b) Eine andere Frage aber ist, ob nicht nach neuestem Justinianeischen Rechte, und zwar nach Nov. 1 cap. 2 §. 2, worin dem Erblasser das Verbot des Quartabzuges gestattet wird, die Anwendbarkeit der lex Falcidia auf die res certae in dem vorliegenden Verhältnisse überhaupt weggefallen ist? Diese Frage glaube ich unbedingt bejahen zu müssen, gestützt auf die bereits oben (S. 117 ff.) bei einem ähnlichen Verhältnisse gegebene Interpretation dieser Verordnung Justinian's, gestützt ferner auf die in unserer institutio ex re certa deutlich ausgesprochene voluntas testatoris, und namentlich gestützt auf die juristische Behandlung, welche das Römische Recht dieser Erbesein-

---

[23]) Schon die Glosse, ebenso Cujacius in comm. ad tit. D. de her. inst. ad h. l. (verb. scilicet ut), Pothier Pand. XXVIII, 5 Nro. XXXV und die deutsche Uebersetzung des Corpus juris subintelligiren hier das Vorhandensein noch anderer Vermächtnisse an Nichterben, durch deren Concurrenz dieses Verhältniß erst entstehen soll, dieß ist aber weder an sich nöthig, noch in dieser Stelle auch nur entfernt angedeutet. Siehe über dieselbe v. Buchholtz a. a. O. S. 450, Note 41 ff.

setzung gerade im Interesse der voluntas testatoris zu Theil werden läßt.

Ist nämlich, wie früher ausgeführt, zur Unstatthaftigkeit des Quartabzuges nach Nov. 1 cap. 2 §. 2 nicht ein ausdrückliches Verbot, sondern nur ein deutlicher positiver Anhaltspunkt dafür nöthig, daß der Testator gewollt hat, der Erbe solle nicht mehr erhalten und behalten, als ihm die Verfügung zuweist, so hat es keinen Anstand, auch in den hier vorliegenden institutiones ex re certa eine diesen Willen enthaltende Anordnung zu erblicken. Der Erblasser hat einen jeden eingesetzt auf die res certa, in seinen Augen ist die res certa geradezu der Erbtheil eines jeden, er dachte nicht daran, und konnte nicht daran denken, wie die bloß juristische Construktion der Aufrechthaltung seiner an sich unjuristischen Verfügung das Resultat geben wird, daß als Erbtheile etwas anderes, nemlich partes hereditariae, künstlich geschaffen werden, die res certae aber nur als Prälegate gelten; er konnte nicht daran denken, wie in die ihm unbekannte pars hereditaria eines der Erben die einem andern zugewendete res certa vielleicht so tief eingreifen wird, daß aus dem Standpunkte rein juristischer Construktion dem Letzteren zuviel zugewendet, und der Erstere in der Falcidia verletzt sein wird; mit seinem, des Erblassers, Willen sollte sich keiner darüber beschweren, sowenig dieß ex lege Falcidia ein Theilerbe könnte, welchen der Testator auf eine wirkliche pars hereditaria, aber nur von unbedeutender Größe, instituirt hat. Der voluntas testatoris entspricht also der Quartabzug gewiß nicht.

Dazu kommt aber wesentlich noch Folgendes: es kann uns (so vertraut müssen wir bereits mit unserem Gegenstande sein) die Wahrnehmung nicht entgehen, daß seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 die Anwendung der lex Falcidia auch den von dem Römischen Rechte anerkannten Grundsätzen über die juristische Behandlung unserer institutio ex re certa in der That nicht mehr entspricht. Der oberste Satz in dieser Behandlung, gewissermaßen

das Ideal, wonach zu streben ist, soweit es nur immer juristisch angeht, ist enthalten in den Worten Ulpian's in fr. 35 pr. D. de her. inst., der Eingesetzte, obwohl (detracta re) als heres anerkannt, solle doch nihil amplius, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi (s. oben S. 162), er soll das, nur das, aber auch vollständig das bekommen, worauf er eingesetzt ist. Daß dieß in dem Rechte der Compilation unter andern dann nicht vollständig juristisch zu realisiren war, wenn die res certa des Einen die Quart der pars hereditaria des Andern verletzt, indem hier ex lege Falcidia Ersterer weniger, Letzterer mehr als seine res certa bekam, dieß war eben nur nothwendige Folge davon, daß man damals nicht, selbst nicht wenn der Erblassers Absicht dafür war, über die lex Falcidia hinaus konnte. Dieses juristische Hinderniß ist nun durch Nov. 1 cit. gefallen, wir dürfen nicht bloß, wir müssen, da mit Aufhebung eines Rechtssatzes (hier des Platzgreifens der Falcidia selbst gegen des Erblassers Willen) auch dessen Consequenzen wegfallen [24]), diesen Umstand benutzen, um in dieser Beziehung die rechtliche Behandlung unserer institutio ex re certa ihrem Ideale näher zu führen, wir begehen damit keine Willkühr, wir wenden vielmehr auf das vorliegende Rechtsverhältniß, so wie es sich in der Compilation behandelt findet, den Inhalt jener Novelle (wenn es anders richtig ist, daß dieselbe kein ausdrückliches Verbot des Quartabzuges verlangt) lediglich so an, wie dieß die juristischen Classiker, wäre zu ihrer Zeit schon die Falcidia ex voluntate testatoris zu beseitigen gewesen, gewiß ebenfalls gethan hätten, und wie Justinian selbst die Bestimmung seiner Novelle als anwendbar (nicht etwa bloß als ausdehnbar) auf unsere institutio ex re certa, wenn ihm dieselbe vorgelegen hätte, bezeichnet haben würde.

Dieß sind die Gründe, aus welchen es meine rechtliche Ueberzeugung ist, daß, wenn die Erben auf res certae instituirt sind,

---

[24]) fr. 129 §. 1 D. de reg. jur. (50, 17.)

seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 keiner mehr dem andern die Falcidische Quart abziehen kann [25]).

Daran reiht sich noch eine weitere Bemerkung; ist das Gesagte gegründet, so versteht es sich auch, daß Pflichttheilsberechtigte, obwohl ihnen, wenn sie Erben sind, das kanonische Recht gestattet, Pflichttheil und Falcidische Quart zugleich zu beanspruchen, dieses doppelte Abzugsrecht doch dann nicht haben, wenn sie und die Miterben auf res certae instituirt sind, die voluntas testatoris ist hier gegen den Quartabzug, sie können sich lediglich den Pflichttheil serviren [26]).

[25]) Dagegen darf man der Nov. 1 cap. 2 §. 2 einen gleichen Einfluß nicht auch auf die divisio bonorum (unter Kindern wie unter anderen Erben) zuschreiben. Obwohl sonst die rechtlichen Grundsätze dieser Anordnung und unserer institutio ex re certa vielfach gleichstehen, macht sich doch gerade bezüglich ihrer Anordnung hier die Verschiedenheit (s. oben S. 169 und S. 193. 194) geltend, daß während bei der letztgenannten Verfügung der Testator Einsetzung und Zuweisung der res in Einem Satze verbindet, und die Sache geradezu als Object der Institution bezeichnet, der theilende Erblasser für diejenigen Personen, unter welche er sein Vermögen theilt, die Erbenqualität als anderweit bestimmt voraussetzt; entweder hat er dieselben im Testamente zu Erben vorher eingesetzt, oder er erwartet sie als seine demnächstigen Intestaterben. In beiden Fällen sind diese Erben schon von Haus aus, nicht erst vermittelt durch juristische Construktion, gehörig gerufen auf partes hereditariae, verschieden von den ihnen zugewiesenen Sachen. Diese partes mußte wie die Delation der Erbschaft der Erblasser kennen und voraussetzen, besonders da, wo er selbst dieselben im Testamente bestimmt hat. Wenn er daher auch so ungleich getheilt hat, daß einer der Erben weniger bekommt als seine pars, so darf man doch nicht annehmen, daß er durch die Vertheilung Einem oder Einigen weniger als ¼ ihrer pars hereditaria lassen wollte, sofern sich nicht aus anderweiten mit der divisio verbundenen Aeußerungen ein besonderer positiver Anhaltspunkt für diesen Willen ergibt.

[26]) Dasselbe muß gelten, wenn (s. oben S. 121) der Pflichttheilsberechtigte der einzige eingesetzte Erbe ist, und die Beschränkung auf die res certa, worauf er instituirt ist, ausnahmsweise aufrecht erhalten wird. Wie es sich in der fraglichen Beziehung gestaltet, wenn neben gehörig eingesetzten Erben ein heres ex re certa institutus vorhanden ist, und der verletzte Pflichttheilsberechtigte entweder dieser auf die res certa insti-

§. 14.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

Das Bisherige (§. 13) betraf die Frage, wieweit Verkürzung einer der mehreren res certae eintritt, wenn, dieselben als Vermächtnisse aufgefaßt, durch ihre Zuwendung die Grenzen der Honorirung in einer der besprochenen Beziehungen überschritten sind.

B. Es gibt aber auch eine Reihe von Fällen, in welchen das Objekt eines wirklich angeordneten Vermächtnisses überhaupt nicht oder nicht dauernd und sicher geleistet werden kann, und zwar darum, weil sich dasselbe überhaupt nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse befindet, sei der Grund davon schon zur Zeit der Anordnung vorhanden oder erst durch ein späteres Ereigniß herbeigeführt; z. B. die Sache gehörte schon bei der Testamentserrichtung nicht dem Erblasser, oder sie gehörte ihm zwar, aber mit Rechten Dritter (wie Pfandrecht u. s. w.) belastet, oder sie ist später aus des Erblassers Vermögen herausgekommen. Es fragt sich daher: welche Grundsätze gelten, wenn einer dieser Fälle bei unserer Erbeseinsetzung bezüglich einer oder der anderen res certa eintritt?

Die allererste Frage wird hier dahin gehen, ob die auf eine solche Sache gerichtete Erbeseinsetzung selbst dann auch wirklich als gültig betrachtet werden kann? In den Quellen findet sich diese Frage weder hervorgehoben noch beantwortet [1]), wir sind daher lediglich auf die Anwendung allgemeiner Grundsätze verwiesen.

---

tuirte, oder einer der gehörig eingesetzten Erben ist, dieß muß dahin gestellt bleiben, bis wir die juristische Construktion dieses Falles kennen. — Dagegen auf die divisio bonorum leidet als Folge des in der vorigen Anmerkung Ausgeführten der durch das kanonische Recht gestattete doppelte Abzug im Zweifel allerdings Anwendung (vergl. dazu oben S. 188, Note 46).

[1]) Nur für einen speciellen, allerdings hierher gehörigen, Fall findet sich in dem Rechte vor Justinian eine Bestimmung: Gratian, Va-

Man könnte nun denken, daß, wenn auch die res certa gar nicht oder nicht dauernd und sicher in der Erbschaft enthalten ist, doch nichtsdestoweniger die Erbeseinsetzung selbst immer und jedesmal Gültigkeit habe, indem Erbeseinsetzung und res certa ganz verschiedene Dinge seien, ja indem, um erstere aufrecht zu erhalten, letztere geradezu detrahirt werde, die etwaige besondere Eigenschaft dieser ohnedieß wegzudenkenden Sache daher sowenig wie die rei mentio selbst auf den Rechtsbestand der Institution einen Einfluß üben dürfe. Allein eine solche Auffassung wäre gewiß irrig; sie würde nämlich von der stillschweigenden Voraussetzung ausgehen, daß es auch immer und jedesmal wirklich die Absicht des Erblassers gewesen sei, den auf die Sache Instituirten, obwohl dieselbe eine jener Eigenschaften hat, zum Erben einzusetzen, gerade diese Absicht aber, auf deren Vorhandensein doch Alles ankommt, kann durch die Eigenschaft der Sache im einzelnen Falle sehr zweifelhaft werden, es ist sehr wohl möglich, daß der von dem Erblasser mit der Institution verbundene Zusatz der rei mentio ein die Ernstlichkeit des Willens ausschließendes derisorium oder einen für die Gültigkeit der Einsetzung wesentlichen Irrthum enthält.

Hiernach muß man sich gewiß dahin entscheiden, in den hier vorausgesetzten Fällen die Gültigkeit der Erbeseinsetzung lediglich als quaestio voluntatis anzuerkennen, wobei denn als Anhaltspunkte für die voluntas testatoris folgende Momente von hauptsächlicher Wichtigkeit sein werden: Gehörte die Sache bei der Testamentserrichtung wirklich dem Erlasser, und ist nur durch Rechte Dritter (z. B. Pfandrecht) belastet, oder ist später

---

lentinian und Theodos erkennen in c. 3 C. de litig. (s. bereits oben S. 212 f.) die Einsetzung auf eine res litigiosa sowie das Vermächtniß einer solchen Sache als gültig an; allein indem später Justinian in Nov. 112 cap. 1 dem Vermächtnisse litigioser Objekte eine nur eventuelle Gültigkeit zuspricht, erwähnt derselbe dabei nicht auch ausdrücklich, wie es nun mit der institutio ex re litigiosa zu halten sei.

aus des Testators Vermögen herausgekommen, dann allerdings hat die Einsetzung selbst jedesmal Gültigkeit. Anders aber, wenn die Sache dem Erblasser schon bei der Testamentserrichtung nicht gehörte, hier wird es zunächst darauf ankommen, ob ihm dieß bekannt war oder nicht. Im ersteren Falle ist im Zweifel die Institution ebenfalls als eine gültige anzusehen, dieß nicht sowohl wegen der Analogie der Grundsätze über das legatum rei alienae, sondern weil man nicht annehmen kann, der Erblasser habe mit einer Einsetzung leeres Spiel treiben wollen; gerade darum wird aber dieselbe dann ungültig sein, wenn im einzelnen Falle erhellt, daß der Testator mit der Einsetzung auf gerade diese Sache wirklich ein, die Ernstlichkeit seines Willens ausschließendes, derisorium beabsichtigt hat [2]). Aber auch wenn er die Sache für die seinige hielt, muß die Erbeseinsetzung im Zweifel als eine gültige betrachtet werden, denn selbst im Sinne des Testators ist Begriff und Eigenschaft des Erben etwas von den Objekten des materiellen Bekommens so sehr verschiedenes, daß man, im Gegensatze zu dem Vermächtnisse einer fremden Sache [3]), für die Regel unterstellen darf, der Erblasser, hätte er das Ungeeignete des von ihm einsetzungsweise zugetheilten Objektes gekannt, würde darum doch nicht überhaupt die Absicht, die fragliche Person zum Erben einzusetzen, aufgegeben haben, und nur dann wird die Einsetzung nicht zu Recht bestehen, wenn im einzelnen Falle erhellt, daß der Testator, hätte er die Eigenschaft der Sache gekannt, denjenigen,

---

[2]) arg. fr. 61 pr. D. de manumiss. test. (40, 4). fr. 4 §. 1 D. de statulib. (40, 7.)

[3]) Ein Vermächtniß, als bloße Zuwendung eines materiellen Vermögensantheiles kennt keinen von dem Objecte unabhängigen besonders geeigenschafteten Begriff eines Vermächtnißnehmers; gerade darum wird hier im Zweifel angenommen, der Erblasser habe lediglich mit Rücksicht auf das bestimmte Object honorirt, er hätte also die fragliche Person wohl überhaupt nicht bedacht, wenn ihm das Object als res aliena bekannt gewesen wäre.

welchem er dieselbe zugewiesen hat, gar nicht instituirt haben würde [4]).

Für die soeben aufgestellten Gesichtspunkte wird es denn auch, sowohl wenn der Erblasser wußte, daß ihm die Sache nicht gehört, als auch wenn er dieß nicht wußte, im Allgemeinen ohne Einfluß sein, ob das der Erbschaft fremde Objekt von dem Erblasser kenntlich bezeichnet, oder aber so vag angegeben war, daß es dem Individuum nach nicht erkennbar ist, z. B. der Erblasser hat einen der Erben auf ein Grundstück eingesetzt, da er doch in der That keins in dem Vermögen hat und auch nicht sonstwie erhellt, welches fremde Grundstück er etwa gemeint hat; während allerdings bei bloßen Vermächtnissen eine unkenntliche Bezeichnung des Objektes geradezu die ganze Anordnung ungültig macht [5]).

Liegt nun ein Fall vor, in welchem nicht erhellt, daß der auf ein Vermögensobjekt Eingesetzte, weil ihm dasselbe gar nicht oder nicht dauernd und sicher aus der Erbschaft geleistet werden kann, ex voluntate testatoris nun auch überhaupt nicht Erbe sein solle (und nur Fälle dieser Art haben wir in dem Folgenden vor Augen), so entsteht die weitere Frage, wie hier das Verhältniß rechtlich zu behandeln sein wird.

Vor Allem ist gewiß, daß auch dieser Eingesetzte als Erbe zur Erbschaft gerufen ist detracta rei mentione, also als heres sine parte scriptus; wie aber gestaltet es sich in Beziehung auf das materielle Bekommen? Muß dieser Erbe aus seiner pars hereditaria dennoch den Miterben zu ihren res certae beisteuern? geht er selbst leer aus? oder darf er die aestimatio des ihm zugedachten Objektes verlangen?

Für die Beantwortung dieser Fragen wird es unserer Ansicht nach vor Allem auf folgende faktische Verschiedenheit ankommen: entweder ist durch die Zuwendung sämmtlicher res certae nicht

---

[4]) arg. c. 5 C. de test. (6, 23). c. 4. 7 C. de her. inst. (6, 24.)

[5]) fr. 69 §. 4 D. de jure dot. (23, 3). fr. 71 pr. D. de leg. I.

der ganze Nachlaß erschöpft, sondern es bleibt noch ein unvertheilter Rest, und zwar ein so großer, daß darin ein Werthäquivalent jener res enthalten ist, oder aber es liegt ein solcher Rest nicht vor, m. a. W., der Nachlaß ist durch Zuwendung sämmtlicher res certae überschwert.

AA. Betrachten wir zunächst den ersten dieser Fälle, den Fall also, wenn noch soviel von dem Nachlasse unvertheilt geblieben ist, daß daraus der Werth dessen prästirt werden kann, was bezüglich einer res certa gar nicht oder nicht dauernd und sicher vorhanden ist, so erscheint es für den Gang der Untersuchung förderlich, hier weiter eine zweifache mögliche Reihe von Fällen getrennt zu erörtern; entweder nämlich sind die Umstände von der Art, daß schon nach gewöhnlichen, für wirklich angeordnete Vermächtnisse geltenden, Grundsätzen der Vermächtnißnehmer, obwohl ihm das legirte Objekt gar nicht oder nicht dauernd und sicher geleistet werden kann, dennoch nicht leer ausgeht, oder aber er würde nach gewöhnlichen Vermächtnißgrundsätzen in der That rücksichtlich seines Objektes leer ausgehen.

1) Für die erstgenannte Reihe von Fällen versteht es sich nun von selbst, daß auch rücksichtlich der, als Vorvermächtnisse zu behandelnden, res certae die gewöhnlichen Vermächtnißgrundsätze wirklich zur Anwendung kommen, dieß eben darum, weil, wie ja vorausgesetzt wird, ein für Leistung des Werthes der res certa genügender unvertheilter Vermögensrest vorhanden ist.

Von dieser Regel werden namentlich folgende Anwendungen zu machen sein.

Hätte der Testator einen der Erben wissentlich auf eine res aliena instituirt, so müßte diesem Erben e communi, d. h. aus dem unvertheilten Reste des Nachlasses, die Sache angeschafft, und wenn der Eigenthümer dieselbe gar nicht oder nur um ein immodicum pretium ablassen will, die justa aestimatio

geleistet werden [6]. Dabei muß natürlich zu dem Anschaffungspreise wie zu der aestimatio auch der auf die Sache Instituirte selbst (als Prälegatar) nach Maaßgabe seiner pars hereditaria beitragen.

Hätte ferner der Testator auf eine Sache instituirt, auf welcher mit seinem Wissen ein Pfandrecht haftet, so würde, soferne er nicht ausdrücklich dem auf dieselbe Eingesetzten allein die luitio pignoris aufgebürdet hat [7], diese Ablösung wieder e communi pecunia geschehen müssen [8]. Und sollte etwa der Pfandgläubiger bereits die Sache veräußert haben, so wäre dem auf dieselbe Eingesetzten e communi pecunia das pretium zu zahlen, soferne nicht die Miterben eine anderweite voluntas testatoris nachweisen können [9]. Alles Gesagte müßte im Zweifel auch dann gelten, wenn die Verpfändung erst nach der Testamentserrichtung geschehen ist, weil nachträgliche Verpfändung eines legirten Objektes an sich noch keine ademtio legati enthält [10].

Sollte eine der res certae nach der Testamentserrichtung von dem Erblasser oneros und ohne animus adimendi veräußert worden sein, das dafür Erhaltene aber sich in dem Nachlasse noch vorfinden, dann würde der auf jene Sache Instituirte jetzt einen Anspruch auf dieses Surrogat haben. So wenn das ursprünglich zugewendete Objekt eine Forderung war, gerichtet auf Geld oder sonstige quantitative Leistung, und der Erblasser, nachdem er die Forderung später einkassirt hatte, das Einkassirte entweder aufbewahrt oder mit demselben

---

[6]) arg. §. 4 J. de leg. (2, 20). §. 1 J. de sing. reb. per fid. rel. (2, 24.)

[7]) arg. §. 5 J. de leg. (2, 20.)

[8]) arg. fr. 28 D. fam. erc. (10, 2.)

[9]) arg. c. 6 C. de fideic. (6, 42.)

[10]) Paul. sent. rec. III, 6 §. 16. — §. 12 J. de leg. (2, 20). c. 3 C. de leg. (6, 37).

einen anderweiten Gegenstand angeschafft hat [11]; dabei würde insbesondere in dem letzteren Falle dieses (zu taxirende) Surrogat nur bis zu dem Betrage des dafür hingegebenen Geldes dem Instituirten zufallen, während der etwaige Mehrwerth des Surrogates sämmtlichen Erben pro rata hereditaria gemeinschaftlich sein würde [12]. So ferner, wenn das ursprüngliche Objekt eine auf eine körperliche species gerichtete Forderung war, und die species von dem Erblasser später einkassirt worden ist, aber in dem Nachlasse sich noch vorfindet [13]; endlich wenn das Objekt schon ursprünglich in einer körperlichen species bestand, der Erblasser aber dieselbe entweder verkauft und mit dem Erlöse ein anderes Objekt angeschafft [14], oder sie gegen ein anderes Objekt vertauscht oder den Erlös aufbewahrt hat [15].

Indessen selbst wenn durch die onerose ohne animus adimendi vorgenommene Veräußerung kein Surrogat in den Nachlaß gekommen wäre, würde doch unter Umständen schon nach allgemeinen Vermächtnißgrundsätzen der Instituirte berechtigt sein, die Anschaffung oder die aestimatio des ursprünglichen Objektes zu fordern. Dieß vorzüglich dann, wenn dasselbe eine körperliche Sache war, indem hier nicht wie bei erloschenen Forderungen die Grundsätze über Untergang des legirten Objektes, sondern die Gesichtspunkte des legatum rei alienae eintreten [16]. Aber auch

---

[11]) arg. fr. 11 §. 13 D. de leg. II.

[12]) arg. fr. 23 D. de adim. (34, 4). S. oben S. 175 a. E.

[13]) Roßhirt, Vermächtnisse, Bd. II, S. 271.

[14]) arg. fr. 70 §. 3, fr. 71, 72 D. de leg. II.

[15]) arg. fr. 11 §. 13 D. de leg. II. — Der Erlös würde hier dem auf die Sache Instituirten ganz gehören, nicht wie in dem Falle des fr. 23 D. de adim. (s. oben Note 12) bloß nach Maaßgabe des wirklichen Werthes der Sache, welche der Erblasser vielleicht zu theuer oder zu wohlfeil veräußert hat. Denn für den Veräußernden läßt sich der Erlös eher als Aequivalent oder Surrogat betrachten, während dieß für den Erwerber einer Sache bezüglich des dafür ausgegebenen Geldes nicht so der Fall ist.

[16]) fr. 11 §. 12 D. de leg. II.

wenn auf eine, nach der Hand irgendwie untergegangene Forderung eingesetzt war, würde doch schon nach allgemeinen Grundsätzen wenigstens dann ein Anspruch fortbestehen, wenn die Forderung auf eine quantitative Leistung, besonders auf Geld, gerichtet war, und der Erblasser nicht speciell und ausschließlich gerade diese Forderung gemeint, sondern auf dieselbe nur demonstrationis causa, etwa zur bequemeren Einkassirung, verwiesen hat, während er dem Erben überhaupt eine Summe dieses Betrages zuwenden wollte; hier werden die Grundsätze des genus legatum zur Anwendung kommen, sodaß die nicht mehr von dem speciell genannten Schuldner zu erlangende Summe dem Instituirten nunmehr aus den unvertheilten Erbschaftsmitteln zu leisten ist [17]).

Wäre die res certa ein zwar nicht eigentlich vertretbarer, wohl aber ein von dem Testator nur der Gattung nach bezeichneter Gegenstand (genus), und das aus der Gattung gewählte [18]) Individuum würde dem Instituirten evincirt, so hätte derselbe nun einen Anspruch, welcher jedoch nicht wohl ein Recht auf Evictionsleistung genannt werden kann, indem er nicht auf das volle Interesse, ja nicht einmal auf Leistung der aestimatio, sondern lediglich auf Leistung eines anderen Individuums derselben Gattung gerichtet ist [19]).

Wäre ferner die res certa eine species, und der darauf Instituirte hätte dieselbe nach der Hand aus einem anderweiten, und zwar onerosen, Rechtsgrunde erworben, so würde ihm nun wenigstens ein Anspruch auf das von ihm für die Sache gegebene pretium zustehen [20]).

---

[17]) arg. fr. 96 pr. D. de leg. I.

[18]) über die Auswahl des Individuums werden hier ganz die gewöhnlichen Grundsätze des legatum generis gelten.

[19]) arg. fr. 45 §. 1 D. de leg. I, fr. 58 D. de evict. (21, 2).

[20]) arg. §. 6 J. de leg. (2, 20). fr. 34 §. 7 D. de leg. I, fr. 21 §. 1 D. de leg. III.

So werden sich denn auch die übrigen Fälle, in welchen schon nach gewöhnlichen Grundsätzen ein Vermächtnißnehmer, welchem das legirte Objekt nicht geleistet werden kann, rücksichtlich seines Vermächtnisses dennoch nicht leer ausgeht, auf unsere institutio ex re certa, soferne der unvertheilte Vermögensrest ein hinlängliches Werthäquivalent darbietet, einfach anwenden lassen, z. B. wenn ein Objekt extra commercium des darauf Instituirten [21]) oder der Miterben [22]) sein sollte, u. s. w.

Für sämmtliche unter den bisherigen Gesichtspunkt passenden Fälle verstehen sich noch die allgemeinen Bemerkungen von selbst, daß einerseits nicht nur die Miterben, sondern auch (wie theilweise bereits hervorgehoben ist) der auf das fragliche Objekt Eingesetzte selbst, als Prälegatar, zur Prästation des Surrogates nach Verhältniß seines Erbantheils an dem unvertheilten Vermögensreste beizutragen hat, und daß er andererseits berechtigt ist, das aus seiner pars hereditariae an die Miterben zu deren res certae abzutretende solange zu retiniren, bis dieselben ihrerseits die Beiträge zu dem ihm gebührenden Surrogate geleistet haben [23]).

2) Wir wenden uns zu der zweiten oben (unter AA) her-

---

[21]) arg. fr. 40 fr. 114 §. 5 D. de leg. I.

[22]) arg. fr. 49 §. 2, 3 D. de leg. II.

[23]) Alles bisher unter Nummer 1 für die institutio ex re certa Erörterte muß natürlich in gleichem Falle auch für die divisio bonorum gelten, ja hier noch unbedingter und allgemeiner als dort; denn da der theilende Erblasser die Zuwendung der res und die Bezeichnung seiner Erben nicht in Einem Satze ausspricht, vielmehr die Berufung zur Erbschaft für die Personen, unter welchen er theilt, als anderweit herbeizuführen voraussetzt, so kann bei der divisio bonorum niemals die oben (S. 245 ff.) für die institutio ex re certa aufgeworfene Frage entstehen, ob die Unmöglichkeit der Leistung eines zugetheilten Objektes in einem einzelnen Falle vielleicht den Willen des Erblassers zweifelhaft macht, daß er dessenungeachtet auch wirklich und im Ernste denjenigen zum Erben haben wolle, welchem er dasselbe zugewiesen hat. An dieser Bemerkung ist auch für die folgenden Erörterungen festzuhalten, in welchen wir, was das Bekommen betrifft, gleiche Behandlung der divisio und inst. ex re certa finden.

vorgehobenen Reihe von Fällen, und fragen: welche Wirkung hat für das materielle Bekommen die Unmöglichkeit, eine der res certae überhaupt oder dauernd und sicher zu erhalten, wenn die Umstände von der Art sind, daß zwar (wie in den vorigen Fällen) noch für Prästation eines Werthäquivalentes hinreichendes unvertheiltes Vermögen vorhanden ist, aber (im Gegensatze zu den vorigen Fällen) nach gewöhnlichen Grundsätzen das Vermächtniß ungültig wäre?

Dürften wir hier wirklich die gewöhnlichen Vermächtnißgrundsätze zur Anwendung bringen, so würde sich das Verhältniß dahin gestalten, daß der auf das ausfallende Objekt Eingesetzte lediglich seine rata hereditaria an dem unvertheilten Vermögensreste erhielte, während die Miterben fortwährend nicht nur vollständig die ihnen zugewendeten res certae, sondern auch ihre ratae hereditariae an dem Unvertheilten zu beanspruchen hätten.

In der That aber glaube ich, daß abweichend von den gewöhnlichen Grundsätzen der Instituirte auch hier aus dem Unvertheilten die Aestimation der ihm zugewendeten Sache verlangen darf; es muß meiner Ansicht nach für die institutio ex re certa folgender eigenthümlicher Grundsatz aufgestellt werden: überall da, wo ein Instituirter die Sache, welche er nach des Erblassers Willen bekommen soll, nicht bekommen kann, weil sie gar nicht, oder nicht dauernd und sicher zur Erbmasse gehört, darf derselbe, selbst wenn nach allgemeinen Grundsätzen ein Vermächtniß darum ungültig wäre, aus dem Unvertheilten das Werthäquivalent jener ihm von dem Erblasser zugewendeten Sache beanspruchen.

Dieser Grundsatz findet sich allerdings in den Quellen nirgends allgemein ausgesprochen, und ebensowenig läßt er sich aus einer für unsere institutio ex re certa etwa vorliegenden speciellen Bestimmung folgern, wohl aber ist er, wie ich glaube, aus einer bezüglich der divisio bonorum in den Quellen enthaltenen Einzelnentscheidung als ein allgemeiner, gleichmäßig für die divisio wie für die institutio ex re certa geltender, auf die in beiden Ver-

fügungen erkennbare volunlas des Erblassers gestützter, Satz abzuleiten.

Die von mir gemeinte Stelle ist das bereits früher (S. 185, Note 38) in anderer Rücksicht beiläufig besprochene fr. 77 §. 8 D. de leg. II, entnommen aus Papinian's lib. 8 Responsorum. Es handelt von den rechtlichen Folgen der Eviktion prälegirter Grundstücke, welche der Erblasser für sein Eigenthum gehalten hat, von einem Falle also, in welchem nach den gewöhnlichen Grundsätzen über das (hier vorliegende) legatum rei alienae das Vermächtniß in der Regel ungültig ist. Die Folgen dieser Eviktion gibt nun Papinian für zwei verschiedene, von einander völlig unabhängige Fälle an: zuerst wenn neben diesem Prälegate nicht auch noch andere zu Gunsten sonstiger Miterben ausgesetzt sind, sodann aber wenn durch Anordnung einer divisio bonorum für sämmtliche Erben gegenseitige Prälegate vorliegen. Nur die für diesen zweiten Fall gegebene Entscheidung dient uns zur Begründung des oben aufgestellten Grundsatzes; jedoch auch dieß nicht in der Art, daß wir denselben in ihr unmittelbar angewendet finden, vielmehr ist die Entscheidung Papinian's in der That eine andere, dieß aber nur darum, weil der von diesem Juristen vorausgesetzte Fall ein anderer als der gegenwärtig noch von uns festgehaltene ist, nemlich ein solcher, in welchem durch divisio bonorum Alles, ja mehr als Alles vertheilt war, indem durch Hereinziehen von praedia aliena in die Vertheilung die Erbschaft überschwert ist; allein gerade der Gesichtspunkt, welcher der hier gegebenen Enscheidung zu Grunde liegt, setzt uns in den Stand, auch für den Fall, daß noch hinreichendes unvertheiltes Vermögen vorliegt, die richtige Entscheidung und zwar den oben ausgesprochenen Satz zu begründen. — Um alles dieß darzuthun, müssen wir die ganze Stelle und ihre Tragweite erörtern, wobei uns dann zugleich auch, wenigstens zum Theile, die Grundsätze für den Fall, daß durch die Zuweisung von res certae die Erbschaft überschwert ist, im Voraus bekannt werden.

Es heißt nun in der angezogenen Stelle [24]) zunächst so: Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit.

Der Erblasser hatte nur Einem seiner Erben, und zwar einem Sohne, ein Prälegat zugewendet, dessen Gegenstand eine species (praedia) ist, welche er für sein Eigenthum gehalten hat; die praedia werden evincirt. Papinian's Entscheidung ist: der Sohn hat dieserhalb keinen Anspruch gegen die Miterben. Dieß scheint auf den ersten Blick auffallend [25]), indem der Sohn zu den personae conjunctae gehört, und es doch sonst Grundsatz ist, daß das Vermächtniß einer fremden Sache, welche der Erblasser (wie hier) für sein eigen hielt, zwar nicht für die Regel, wohl aber unter andern dann zu Recht besteht, wenn der Honorirte eine persona conjuncta ist [26]), weil die Vermuthung dafür spricht, der Erblasser habe hier mehr die Person als das vermachte Objekt im Auge gehabt, d. h. er habe dieser Person unter allen Umständen ein Vermächtniß zuwenden wollen. Warum nun wird in unserer Stelle anders entschieden? Gewiß erklärt sich auch dieß wieder aus der vermuthlichen voluntas testatoris: auf diese voluntas läßt sich nämlich jene Begünstigung der persona conjuncta nur bei simplen Vermächtnissen stützen, denn hier wird dem Honorirten weiter nichts als ein Vermächtniß zugewendet, erhält er dieses nicht, so erhält er gar nichts; anders ist es mit einem Prälegatar, dieser hat außer dem Vermächtnisse auch noch einen Erbtheil, es ist darum im Zweifel anzu-

---

[24]) Vorzugsweise auf diese Stelle gründet v. Buchholtz a. a. O. (vierzehntes Kapitel) die Erörterung über Eviktionsverbindlichkeit bei Prälegaten; wieweit wir mit den von ihm aufgestellten Grundsätzen einverstanden sind, wird das Folgende ergeben.

[25]) Auffallend findet es Burchardi, Syst. u. innere Gesch. des R. R. S. 1252, Note 36.

[26]) c. 10 C. de leg. (6, 37).

nehmen, daß der Erblasser ihm außer seinem Erbtheile noch ein Prälegat nur darum zuwenden wollte, weil er glaubte, über das Objekt desselben wirklich verfügen zu können, dagegen beabsichtigte er wohl nicht, die Miterben durch Beitrag zur Leistung der aestimatio rei auch für den Fall zu kürzen, daß die prälegirte Sache sich als res aliena herausstellen sollte [27]).

[27]) Gleicher Ansicht ist hier v. Buchholz a. a. O. S. 361, Note 4. — Dagegen will Bachofen (das Röm. Pfandrecht, Bd. I, S. 130, Note 12) die Entscheidung Papinian's daraus erklären, daß die Eviktion geschehen sei, nachdem der Sohn bereits den Besitz der praedia erworben habe; es gründet dieser Gelehrte auf den Anfang unserer Stelle sowie auf fr. 29 §. 3 D. de leg. III die Behauptung, daß ein legatum rei alienae da wo es nicht schon an sich ungültig sei, einen Anspruch auf Anschaffung der Sache oder Leistung der aestimatio doch nur dann gebe, wenn der Honorirte vor dem Besitzerwerbe die Sache als res aliena kenne, dagegen wenn sie erst nach dem Besitzerwerbe evincirt werde, falle jeder Anspruch weg. Dieser Meinung kann ich nicht beipflichten: zunächst ist es (wie Bachofen selbst zugibt) schon nach allgemeinen Grundsätzen schwer einzusehen, warum der Erwerb des Besitzes durch den Honorirten die Grenzscheide seiner Ansprüche bilden sollte, sodann aber ist in jenen beiden Stellen der von Bachofen behauptete Satz in der That nicht zu finden; 1) in unserem fr. 77 §. 8 cit. scheint vielmehr die Eviktion gerade als vor der Besitzergreifung der Sache durch den Honorirten geschehen vorausgesetzt zu sein, da der (unten zu erörternde) zweite Theil dieser Stelle, welcher dieselbe Eviktion im Auge hat, voraussetzt, daß auch die Miterben noch nicht im Besitze der ihnen zugewiesenen Prälegate sind; ja gerade der Umstand, daß für beide, in unserer Stelle besprochenen, Fälle ein und dieselbe Eviktion für den mit Grundstücken bedachten Sohn vorausgesetzt wird, müßte, wenn Bachofen's Ansicht gegründet wäre, auch in dem zweiten dieser Fälle gleiche Entscheidung wie in dem ersten herbeiführen. Nach unserer obigen Erklärung rechtfertigt es sich ganz einfach, warum in dem ersten Falle des fr. 77 §. 8 cit. der Sohn wegen Eviktion seines Prälegates — einerlei ob er schon dessen Besitz erworben hat oder nicht — keinen Anspruch gegen die Miterben hat. 2) Daß nach fr. 29 §. 3 D. de leg. III dann, wenn ein servus generaliter legirt ist, der ausgewählte und tradirte, nachher aber evincirte Stichus zur actio ex test. berechtigt, beweist noch nicht, daß bei dem legatum speciei eine Klage wegen Eviktion niemals nach der Besitzübertragung gegeben ist, sondern läßt uns die Behauptung vollständig offen, daß hierfür die allgemeinen Grundsätze über Gültigkeit des Ver-

Ist diese Erklärung richtig, so erhellt, daß Papinian's Entscheidung nicht blos auf Söhne, sondern überhaupt auf personae conjunctae anwendbar ist, während sie für andere Prälegatare gar nicht einmal einer besonderen Anwendung bedarf, vielmehr hier das Vermächtniß, dessen Objekt der Erblasser für sein Eigenthum hielt, schon ohnedieß, nach gewöhnlichen Grundsätzen, keinen Anspruch gibt; zugleich erklärt sich nun auch, warum Papinian einen Sohn, d. h. eine persona conjuncta, vorausgesetzt hat.

Wir kommen nunmehr zu dem zweiten, uns für das Folgende allein interessirenden, Theile unserer Stelle. Unmittelbar nach den oben abgedruckten Worten heißt es weiter:

> Si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservare.

Zunächst haben wir den speciellen Inhalt dieser Stelle zu betrachten. Auch hier wird, wie zu Anfang derselben, vorausgesetzt, daß einem der Söhne praedia, welche der Vater für sein Eigenthum gehalten hat, prälegirt sind, und diese evincirt werden; zugleich aber wird weiter vorausgesetzt, daß auch die übrigen Erben mit Prälegaten bedacht sind, und zwar dadurch, daß der Vater eine divisio bonorum unter seinen Kindern angeordnet hat [28]. Die Entscheidung Papinian's geht nun für diesen Fall dahin: jener Sohn, dessen ihm zugewendete praedia evincirt sind, braucht diejenigen Theile der den Miterben bestimmten Prälegate, welche

---

mächtnisses einer fremden species entscheiden werden. — Ebensowenig läßt sich mit Bachofen aus fr. 45 §. 1. 2, fr. 56, fr. 71 §. 1 D. de leg. I folgern, daß der Erbe eine Caution wegen künftiger Eviktion einer legirten species nicht zu bestellen brauche, sowie daß die etwa bestellte Caution ohne Erfolg bleibe.

[28] Daß die durch divisio bonorum zugewiesenen Objekte als Vorvermächtnisse gelten, wurde bereits früher (S. 174 ff.) gezeigt, insbesondere über unser fr. 77 §. 8 cit. s. in dieser Beziehung oben S. 184, Nummer 2.

auf seiner Erbportion ruhen, denselben nicht herauszugeben, wenn sie nicht bereit sind, auch ihm soviel zu prästiren, als er judicio patris bekommen sollte.

Was vorerst den Grund dieser Entscheidung betrifft, so setzt Papinian denselben in eine conjectura voluntatis, also in den vermuthlichen Willen des Erblassers; dieß mit Recht, denn alle Grundsätze über Gültigkeit eines legatum rei alienae beruhen auf Interpretation der voluntas testatoris. Worauf nun dieser Wille gerichtet ist, wird aus der in dem Fragefall eintretenden Sachlage und aus der Natur der divisio bonorum ersichtlich. Allerdings nämlich hat auch hier wie in dem vorigen Falle der Honorirte, und zwar hier jeder derselben, außer seinem Prälegate noch einen Erbtheil, allein dasjenige, was ihm durch denselben zugefallen ist, soll er nicht wie dort behalten, vielmehr werden durch divisio bonorum die in den Erbtheilen enthaltenen partes der res hereditariae gegenseitig zu Prälegaten an die Miterben dergestalt herüber und hinüber gewiesen, daß, besonders wenn Alles vertheilt ist, im praktischen Effekte jeder Erbe in der That nur die ihm per divisionem prälegirten Objekte erhält. Bei der Vornahme einer divisio bonorum geht nun des Erblassers Absicht offenbar dahin, daß er dem Einen dieses lediglich darum zuwendet, weil er dem Andern jenes zuweist; es soll Jeder das ihm Zugedachte nur darum und insofern erhalten, als auch die Andern das ihnen Zugetheilte bekommen, die einzelnen Zuwendungen stehen zu einander in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse, gerade wie für jeden der Erben das Bekommen der ihm zugewiesenen Objekte dadurch bedingt ist, daß er auch wirklich Erbe wird und Erbe bleibt [29]. Demnach braucht ex voluntate defuncti Jeder aus seiner pars hereditaria nur darum und dann zu den Objekten der Miterben beizutragen, weil

---

[29]) fr. 90 §. 1 D. de leg. I (PAP. lib. 18 Quaestionum). S. bereits oben S. 203.

und wenn auch diese aus ihren partes hereditariae ihm zu dem Seinigen beitragen werden. — Hätte nun der Erblasser gewußt, daß eins der ausgetheilten Objekte ihm nicht gehört, so ist vorerst das gewiß, daß er darum denjenigen, welchem er dasselbe zugewiesen hat, dennoch nicht leer ausgehen hätte lassen [30]), sodann aber, was die Art und Weise der nun anzuordnenden materiellen Zuwendungen betrifft, hätte er entweder von aller Theilung abstrahirt, und es für sämmtliche Erben lediglich bei den partes hereditariae belassen, oder aber er hätte auf Theilung beharrt; letzteres ist als das wahrscheinlichere anzunehmen, da er nun einmal Theilung dem bloßen Resultate der partes hereditariae vorgezogen hat. Er hätte nun in anderer Art getheilt, da er dieß aber nicht gethan hat, und seines Irrthums wegen keine Veranlassung hatte es zu thun, so muß die Theilung, wie sie einmal vorliegt, möglichst aufrecht erhalten, und seiner Absicht gemäß realisirt werden. Dieß geschieht denn dadurch, daß der mit den evincirten res alienae Bedachte aus seiner pars hereditaria den Miterben nichts abzutreten braucht, soferne er von diesen nichts bekommt, während unter den übrigen Miterben die Theilung rechtsbeständig bleibt, d. h. jeder derselben muß fortwährend aus seiner pars hereditaria zu den res hereditariae der Andern beitragen.

Hieraus ergibt sich denn auch zugleich, wie die obige Entscheidung selbst zu verstehen ist. Papinian sagt nur, der mit den evincirten Grundstücken bedachte Sohn habe den Miterben nicht anders zu den ihnen zugewendeten Objekten beizutragen, als wenn sie bereit seien, auch ihm soviel zu leisten, als er judicio patris bekommen sollte; von einer Klage, welche dem Sohne direkt auf diese Leistung zustehe, spricht er nicht. Es fragt sich daher : steht dem Sohne auch eine solche Klage zu, oder ist er lediglich auf die von Papinian angegebene Re-

---

[30]) denn s. oben S. 253, Note 23.

tention verwiesen? Die Beantwortung dieser Frage führt uns auf die Unterscheidung zweier für den Umfang der angeordneten Theilung möglichen Fälle; nur den einen derselben hat Papinian vor Augen, der andere aber ist derjenige, für welchen wir den oben für die institutio ex re certa aufgestellten Grundsatz zu gewinnen haben.

Es kann nämlich sein, der Erblasser hat sein sämmtliches Vermögen vertheilt, oder es ist doch der etwaige unvertheilte Rest nicht groß genug, um daraus das Evincirte anzuschaffen oder zu vergüten. In diesem Falle muß es allerdings bei der in unsrer Stelle angegebenen Retention verbleiben, direkt klagen kann der Sohn hier nicht. Durch das Hereinziehen von fremden Sachen in die divisio nämlich ist hier sogar mehr als alles vertheilt, die Erbschaft ist überschwert. Sollten jetzt die Miterben jenem Sohne zur Aestimation der ihm zugedachten fremden Sachen beitragen, so könnten sie dieß nur mit theilweiser Aufopferung des ihnen selbst von dem Erblasser Zugetheilten; dieß würde aber bewirken, daß nun zwar der Sohn, aber dafür keiner der Miterben soviel erhält, als er judicio patris erhalten soll. Gerade darum sind hier die Miterben nicht rechtlich verpflichtet zu jenem Beitrage, und eben deßhalb ist der Sohn nicht berechtigt, direkt jene Beiträge zu beanspruchen, er kann von den Miterben nichts verlangen, diese aber auch nichts von ihm, er behält das in seiner pars hereditaria Enthaltene. Daneben aber macht sich zugleich die Rücksicht geltend, daß des Erblassers Theilung doch so viel als möglich aufrecht erhalten werden soll; dieß führt darauf, daß es den Miterben allerdings dennoch frei stehen muß, das ihnen Zugewendete von jenem Sohne dann zu verlangen, wenn sie bereit sind, demselben aus eignen Mitteln das Evincirte oder dessen Werth zu leisten; diesen Weg zur Aufrechthaltung der von dem Erblasser angeordneten divisio muß sich dann der evictus gefallen lassen, und nur insofern die Miterben diese Auskunft nicht wählen, braucht

er auch an sie nichts abzugeben; das Zurückbehalten des in seiner pars hereditaria Enthaltenen ist sonach hier kein Retentionsrecht zum Schutze eines ihm zustehenden wirklich juristischen Anspruches. Dieß ist denn auch in der That der Inhalt der Entscheidung, welche Papinian in unserer Stelle gibt, und es erhellt daraus, daß er wirklich einen Fall unterstellt, in welchem der Erblasser durch Hereinziehen von praedia aliena sein Vermögen bei der Theilung überschwert hat. — Das Bisherige vorausgesetzt, muß es nun für die Entscheidung im Wesentlichen gleichgültig sein, 1) ob der Erblasser sein gesammtes Vermögen vertheilt hatte, oder ob das etwa Unvertheilte nicht die aestimatio rei evictae erreicht, nur muß in dem letzteren Falle, wenn die Miterben zur Leistung dieser aestimatio bereit sind, zu derselben auch der evictus selbst natürlich soweit beitragen, als sein Erbantheil an dem Unvertheilten reicht; 2) ob die Theilung unter Kindern (wie Papinian voraussetzt) oder unter anderen Erben geschehen ist, denn nicht eine elterliche Begünstigung der Kinder, sondern die objektive Natur einer jeden divisio, wonach sämmtliche Zuwendungen in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse stehen, enthält den Grund der Entscheidung; 3) ob ferner die res evicta eine species oder ein genus ist, denn wenn auch nach gewöhnlichen Grundsätzen die Eviktion eines genus dem Vermächtnißnehmer den bereits früher (s. oben S. 252 Note 19) erwähnten Anspruch gibt, so ist dieß doch hier darum nicht möglich, weil kein weiteres disponibles Vermögen vorliegt; 4) ob endlich die Eviktion vor oder nach Realisirung der divisio bonorum erfolgt ist; Papinian scheint den ersteren Fall vor Augen zu haben, allein ganz im Geiste seiner Entscheidung müssen wir weiter sagen: a) sollte bei Realisirung der divisio die Eviktion zwar noch nicht geschehen, aber muthmaßlich sein, so kann der mit der res aliena bedachte Erbe sogut wie dann, wenn ihm dieselbe bei gewöhnlicher Erbauseinandersetzung durch das Ermessen des

arbiter fam. erc. zugesprochen wird [31]), Caution für den Fall der Eviktion verlangen, jedoch nur auf eventuelle Rückgabe dessen, was er den Miterben abgetreten hat, nicht auf Leistung der aestimatio rei evictae, hierzu können sich vielmehr nur die Miterben freiwillig erbieten; b) sollte, ohne daß Caution gestellt war, nach der Realisirung der divisio die Eviktion erfolgt sein, so kann nun der evictus allerdings nicht den Werth der res evicta fordern [zu dessen Leistung können sich wieder nur die Miterben freiwillig erbieten [32])], wohl aber darf er Rückgabe dessen verlangen, was er diesen Miterben abgetreten hat, und zwar mit der condictio causa data causa non secuta [33]).

---

[31]) fr. 25 §. 21 D. fam. erc. (10, 2).

[32]) Die Aestimation müßte sich hier aus ähnlichen Billigkeitsgründen wie bei denjenigen evincirten Objecten, welche ein Miterbe durch gewöhnliche Erbauseinandersetzung auf seinen Erbtheil erhalten hat (fr. 66 §. 3 D. de evict. 21, 2), nach dem Werthe der Sache zur Zeit ihrer Eviktion richten, dagegen braucht nicht wie in dem letzteren Falle (Glück, Erläut. der Pand. Bd. XX, S. 362, Note 56) auch der evictus selbst pro rata hereditaria zur Leistung dieser Aestimation beizutragen, vielmehr liegt dieselbe ganz und ausschließlich den Miterben ob.

[33]) Die Realisirung der divisio bonorum wird von den Quellen mit einem Tausche verglichen (fr. 20 §. 3 D. fam. erc. — quasi certa lege permutationem fecerint), Eviktion einer titulo permutationis empfangenen Sache berechtigt nun den evictus allerdings zum Anspruche auf Eviktionsleistung wie bei dem Kaufe, allein statt dessen hat er auch die Wahl, das seinerseits Gegebene zurückzufordern [c. 1 fin. C. de rer. permut. (4, 64)], wie überall da, wo nicht blos animo solvendi, sondern unter Voraussetzung einer Gegenleistung gegeben, das Objekt der empfangenen Gegenleistung aber evincirt ist [fr. 16 D. de cond. causa data (12, 4) f. auch fr. 23 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6)]. Den Fall der Ueberschwerung der Erbschaft durch divisio bonorum vorausgesetzt, ist nun für den evictus nur dieser letztere Weg (condictio c. d. c. n. s.) möglich; der evictus war nicht rechtlich verpflichtet zur Abtretung der partes praelegatae an die Miterben, er hat dieselben nicht animo solvendi, sondern in der Voraussetzung und Erwartung abgetreten, daß er auch von ihnen soviel bekomme, als ihm judicio defuncti zugewendet war, diese Voraussetzung ist durch später erfolgte Eviktion nicht eingetroffen, er kann nun keine aestimatio rei evictae (mit einer actio praescriptis verbis) fordern, denn diese könnte ihm nur durch

Der zweite mögliche Fall ist der: es liegt ein für die Leistung der aestimatio rei evictae hinreichendes Stück unvertheiltes Vermögen vor. Direkt auf diesen Fall geht Papinian's Ausspruch nicht, wohl aber gibt uns der demselben zu Grunde liegende Gesichtspunkt auch hier die richtige Entscheidung an die Hand. Diese muß nämlich offenbar dahin lauten: in diesem Falle braucht zwar ebenfalls der evictus den Miterben solange nichts abzutreten, bis dieselben ihm soviel geleistet haben, als er judicio patris bekommen soll; allein dieses Zurückbehalten hat hier eine ganz andere Natur als in dem vorigen Falle, es ist wahres Retentionsrecht an etwas, was der evictus den Miterben zu leisten juristisch verpflichtet ist, und bis zur Erfüllung von etwas, was diese ihm zu prästiren ebenfalls juristisch verpflichtet sind. Der mit der fremden Sache bedachte Erbe hat hier in der That einen, von dem guten Willen der Miterben unabhängigen, direkt mit einer Klage (actio familiae erciscundae oder auch persönlicher Vermächtnißklage) verfolgbaren Anspruch auf Leistung der aestimatio rei evictae, wogegen aber auch er selbst von vornherein rechtlich verpflichtet ist, die in seinem Erbtheile liegenden partes praelegatae der den Miterben zugewendeten res certae an dieselben abzutreten. — Die Richtigkeit dieser Entscheidung erweist sich zunächst und hauptsächlich wieder aus der in Anord-

---

Verkürzung der den Miterben von dem Erblasser zugetheilten Objekte geleistet werden, und die Miterben waren zu ihr von Anfang an, hätte damals schon die Eviktion oder die Bekanntschaft mit deren Möglichkeit vorgelegen, nicht rechtlich verpflichtet, wohl aber haben sie nunmehr, da durch Eviktion eine causa non secuta eingetreten ist, ohne Grund die ihnen von dem evictus abgetretenen partes praelegatae ihrer res certae. — Diese Gesichtspunkte müssen noch in dem heutigen Rechte gelten, sie hängen nicht mit der veränderten Natur der sog. Innominat-Contrakte zusammen, folgen vielmehr aus den Grundsätzen über eine Leistung, welche nicht animo solvendi, sondern wegen einer causa futura, die aber zur non secuta geworden ist, gemacht war, liegen also in dem noch h. z. T. anwendbaren Gebiete der condictio causa data causa non secuta.

nung einer divisio bonorum ersichtlichen conjectura voluntatis; sowie es diese einerseits mit sich bringt, daß die Zuwendungen in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse stehen (und vorzüglich hierauf beruhte in dem vorigen Falle die Entscheidung), so steht es doch auch andrerseits fest, daß des Erblassers Theilung soweit wie möglich aufrecht erhalten werden soll; kann daher wirklich die res aliena oder ihr Werth ohne Verkürzung der Miterben an den ihnen judicio defuncti zugewiesenen res certae aus (also unvertheilten) Erbschaftsmitteln geleistet werden, so muß dieses geschehen, selbst wenn der Erblasser die res evicta für sein Eigenthum gehalten hat, und darum nach gewöhnlichen Grundsätzen deren Zuwendung wirkungslos wäre. Diese Auffassung, gebaut auf die Tendenz der divisio bonorum, wird aber noch weiter bestätigt durch die Grundsätze, welche wir für einen anderen Fall von den Quellen ausdrücklich anerkannt finden: ist nämlich der Erbe gebeten, die Erbschaft einem Dritten zu restituiren praecepta certa re, die zurückzubehaltende Sache aber erweist sich als res aliena, so darf der die Erbschaft restituirende Erbe die aestimatio rei praecipiendae unter allen Umständen beanspruchen, ohne daß es darauf ankommt, ob der Erblasser wußte oder nicht wußte, daß ihm die Sache nicht gehörte[34]). Die res praecipienda und die hereditatis restitutio stehen hier in demselben sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse wie die Zuwendungen bei einer divisio bonorum, der Erbe, wenn er weder die Sache noch deren Werth bekäme, hätte nun auch die Erbschaft nicht zu restituiren, oder mindestens würde die Restitution jetzt mit den mißlichen Folgen eines wirklichen Quartabzugs geschehen, zu dessen Vermeidung der Erblasser dem Fiduciar gerade die

---

[34]) fr. 72 D. ad Sct. Treb. (36, 1): heres praecepto fundo rogatus erat hereditatem restituere, fundus alienus erat; Aristo aiebat, videndum, utrum omnimodo apud heredem fundum esse voluit testator, an ita demum, si ipsius est; sed sibi superius placere; ideoque aestimatio ejus retinenda est.

res praecipienda hinterlassen hat [35]); dieser Ausgang soll, als durchaus der voluntas defuncti entgegen, jedenfalls vermieden werden, und dieß geschieht eben dadurch, daß die conjectura voluntatis dahin aufgefaßt wird, der Erblasser habe dem Erben diese Sache oder ihren Werth omnimodo zuwenden wollen. Es bedarf keiner besonderen Ausführung, daß ganz ähnliche Gesichtspunkte sich auch in dem vorliegenden Falle der divisio bonorum für das Recht auf Leistung der aestimatio rei evictae geltend machen. — Ebenso ergibt die bisherige Entwickelung, daß es auch für die in unserem Fragefalle aufgestellte Entscheidung gleichgültig ist, ob eine Theilung unter Kindern oder unter anderen Erben vorliegt, ob die res evicta in einer species oder in einem genus besteht, ob die Eviktion vor oder nach Realisirung der Theilung geschehen ist. Im Falle vorerst nur zu befürchtender Eviktion kann der mit der Sache bedachte Erbe von den Miterben bei Realisirung der divisio eine direkt auf Leistung der aestimatio gerichtete Caution verlangen; erfolgt die Eviktion erst später, so kann der evictus, selbst wenn keine Caution bestellt war, die Miterben direkt auf Leistung der aestimatio rei evictae belangen, und zwar hier mit einer actio praescriptis verbis [36]). Dabei versteht es sich von selbst, daß sowohl hier, wie dann, wenn gleich bei Realisirung der Theilung die aestimatio zur Sprache kommt, diese nicht von den Miterben allein, sondern von sämmtlichen Erben (auch von dem evictus selbst) nach der ihnen an dem Unvertheilten zustehenden rata hereditaria zu tragen ist [37]).

Sonach geben die bisherigen Erörterungen über den zweiten Theil unseres fr. 77 §. 8 D. cit. im Wesentlichen folgendes, von

---

[35]) S. darüber bereits oben S. 109, Note 28.

[36]) arg. fr. 20 §. 3 D. fam. erc. (10, 2).

[37]) Die Berechnung der Aestimation müßte sich auch hier nach dem im Anfange der Note 32 auf S. 263 angegebenen Gesichtspunkte richten.

den gewöhnlichen Grundsätzen über den Rechtsbestand eines legatum rei alienae in der That abweichendes, Resultat: hat der Erblasser bei Vornahme einer divisio bonorum eine fremde Sache, welche er für sein Eigenthum hielt, einem der Erben zugetheilt, und die Sache wird (vor oder nach Realisirung der divisio) evincirt, so sind zwei Fälle zu unterscheiden: erscheint der Nachlaß durch Hereinziehen der res aliena in die Vertheilung als überschwert, dann kann jener Erbe von den Miterben allerdings keine aestimatio rei evictae verlangen, braucht aber auch dafür an dieselben aus seiner pars hereditaria nichts abzutreten, soferne sie es nicht vorziehen, freiwillig ihm jene aestimatio zu leisten; ist dagegen noch soviel unvertheiltes Vermögen vorhanden, daß darin die aestimatio rei evictae enthalten ist, so darf der Erbe deren Leistung direkt fordern, muß aber auch den Miterben das ihnen aus seiner pars hereditaria Zugedachte abtreten [38]).

---

[38]) Dieses einfache Resultat ist allgemein verkannt, die Ansichten der Juristen über die Folgen der Eviktion einer durch divisio bonorum von dem Erblasser zugewendeten Sache sind von unserer Ansicht sehr abweichend und unter sich selbst vielfach entschieden; sie sollen hier nicht aufgezählt und widerlegt werden, s. dieselben in Glück, Erläut. der Pand. Bd. XI, S. 107 ff., überall fehlt ein Princip, insbesondere ist nirgends die juristische Construktion der divisio und die in ihr liegende voluntas defuncti gehörig beachtet. — Was die neuerdings von v. Buchholtz, Prälegate, S. 363, Note 12 — S. 368 über den zweiten Theil des fr. 77 §. 8 D. cit. ausgesprochene Meinung betrifft, so versteht derselbe, wie auch im Wesentlichen wir, diese Stelle von einem Falle, in welchem der Erblasser Alles vertheilt hatte, anders als wir betrachtet er dagegen den Grund und Inhalt von Papinian's Entscheidung: er nimmt an, der Jurist habe die für Erbquoten geltenden Regeln der Eviktionsleistung zu Grund gelegt, und es sei dieß der überhaupt hier geltende Gesichtspunkt, indem in dem Falle der Vertheilung der Erbschaft in Form von Prälegaten eine solche innige Verbindung zwischen Erbschaft und Legat bestehe, daß eine Trennung beider (namentlich ein Aufgeben der Erbschaft und Behalten des Prälegates) unmöglich sei; daher gestattet er dem durch Eviktion verletzten Erben, obwohl Papinian selbst nichts davon sagt, geradezu auch eine Klage, und zwar eine actio praescr. verbis auf Entschädigung (also auf aestimatio rei evictae), indem bei der divisio der Erblasser die Stelle

In sehr einfacher Weise ist nunmehr durch die vorstehenden Erörterungen (S. 258—267) der Weg gebahnt zur Begründung unserer eigentlichen, oben (S. 254) aufgestellten Be-

---

eines arbiter fam. erc. versehe, letzterer aber für Caution wegen Eviktion adjudicirter Objekte zu sorgen habe, und auch ohne solche (dann zur actio ex stipulatu berechtigenden) Caution der evictus mit einer actio praescr. verbis Entschädigung (also aestimatio rei evictae) verlangen könne. — Allein abgesehen davon, daß man es keine Eviction eines Erbtheils, einer Erbquote nennen darf, wenn Objekte evincirt werden, welche (dieß will doch v. Buchholtz sagen) einem Miterben von dem Theilungsrichter bei Auseinandersetzung der Erbschaft in Verwerthung seines Erbtheils zugesprochen sind — von Eviction einer Erbquote, einer pars hereditaria also, kann man wie von Eviktion der Erbschaft nur dann sprechen, wenn demjenigen, welcher ein Erbrecht beansprucht, ein besserer Erbberechtigter titulo universali den wirklichen Nachlaß evincirt, z. B. der potior heres dem bonorum possessor sine re (Ulp. fr. tit. 28 §. 13), oder dem Testamentserben der mit der querela inoff. test. auftretende Pflichttheilsberechtigte (fr. 21 §. 2 D. de inoff. test.), während es sich in dem von v. Buchholtz gemeinten Falle nur handelt um materielle Vermögensgegenstände, welche als nicht zur Erbschaft gehörig dem wirklichen Erben von dem an dieser Sache Berechtigten evincirt werden, — abgesehen davon spricht gegen die Ansicht von v. Buchholtz folgendes: die innige Verbindung von Erbtheil und Prälegat bei der divisio bonorum führt im Falle der Eviktion einer res certa keineswegs auf die Anwendung der Grundsätze, welche für die Folgen der Eviktion einer durch gewöhnliche Erbauseinandersetzung erhaltenen Sache gelten; Papinian selbst ferner gibt den Grund seiner Entscheidung ausdrücklich an, dieser aber ist ein von dem von v. Buchholtz angegebenen ganz verschiedener, nämlich die conjectura voluntatis; endlich und hauptsächlich entspricht der Inhalt von Papinian's Entscheidung gar nicht den von v. Buchholtz hieher gezogenen Grundsätzen, und kann auch denselben in der That nicht entsprechen, wenn man nur bedenkt, welche Resultate dann im Detail entstehen würden, und wie verschieden (worauf schon oben S. 189 aufmerksam gemacht wurde) das Recht auf gewöhnliche Erbauseinandersetzung von dem Rechte auf Realisirung einer divisio bonorum ist.

Sind die Erben lediglich auf partes hereditariae gerufen, und nicht zugleich mit Prälegaten bedacht, so ist ihr Recht nicht auf Zutheilung gerade der und der bestimmter Sachen, sondern nur allgemein auf reelle Verwerthung ihrer partes her. gerichtet; diesen Zweck hat hier die Erbauseinandersetzung. Findet sich nun schon vor oder bei der letztern eine vermeintliche Erbschaftssache evincirt (oder auch ohne Eviktion als fremd),

hauptung; wir haben hierfür in der That nur noch darzuthun, einmal, daß die soeben aus dem zweiten Theile des fr. 77 §. 8 D. de leg. II für die divisio bonorum gewonnenen Grundsätze in gleichem Falle auch für unsere institutio ex re certa gelten müs-

---

so ist von ihr das Objekt der Theilung, d. h. eben der wirkliche Nachlaß, zu purificiren, die Erben bekommen nun nichts desto weniger ganz dasselbe, nämlich den Werth ihrer partes hereditariae. Wird erst nach der Erbauseinandersetzung einem Erben ein ihm zugesprochenes Objekt evincirt, so beruht sein Entschädigungsanspruch auf dem Gesichtspunkte nachträglicher Purificirung der Erbschaft, wodurch dann doch wieder jeder Erbe das ihm ursprünglich zukommende behält, oder vielmehr erst jetzt richtig erhält, nämlich den Werth seiner pars hereditaria (wobei nur, aber ganz billig, die aestimatio rei evictae nach der Zeit der Eviktion bestimmt wird). — Wie wären diese Grundsätze bei der divisio bonorum möglich? wie entspricht denselben die Entscheidung Papinian's?

Bei einer divisio bonorum haben die, allerdings zunächst ebenfalls auf partes hereditariae gerufenen, Erben doch nicht sowohl das Recht auf Verwerthung dieser ihrer partes, sondern sie haben als Prälegatare das Recht auf Zutheilung gerade der bestimmten (dem Werthe ihrer partes überdieß nicht nothwendig entsprechenden) von dem Erblasser ihnen zugewiesenen Objekte, und zwar, weil die Zuwendungen sich ex voluntate defuncti gegenseitig bedingen, dieß solange, als es ohne Verkürzung der auch den Miterben per divisionem zugewiesenen Sachen geschehen kann. Daß jedem Erben von dem Erblasser eine Sache als Erbtheil zugewiesen ist, bewirkt nicht, daß er sie nach den Grundsätzen der Erbtheile bekommt sondern daß er sie für das in seinem Erbtheile Enthaltene bekommt (die Erben sollen certis rebus pro sua institutione contenti sein, wie es in Stellen heißt, welche wir später in anderer Beziehung kennen lernen werden, s. auch c. 10 C. fam. erc.). Gerade darum darf derjenige Erbe, welcher seine res certa, weil sie evincirt ist, nicht erhalten und auch keine aestimatio, weil Alles vertheilt war, beanspruchen kann, auf das in seiner pars hereditaria Enthaltene rekurriren, und dieses behalten, wenn nicht freiwillig die Miterben ihm die aestimatio rei evictae leisten. Dieß ist Papinian's Entscheidung, sie hat mit den Folgen der Eviktion einer bei gewöhnlicher Erbauseinandersetzung zugesprochenen Sache keine Aehnlichkeit. — Ebenso übersieht v. Buchholtz (a. a. O. S. 263, Note 11 und 12) ganz und gar die Gesichtspunkte, welche in dem anderweiten, von Papinian nicht unterstellten, Falle für die Entscheidung maaßgebend sind, wenn nämlich nicht Alles vertheilt war, sondern noch soviel unvertheiltes Vermögen vorliegt, daß daraus die aestimatio rei evictae geleistet werden kann.

sen, sodann aber zweitens, daß diese Grundsätze (sowie wir bereits annehmen durften, daß es für dieselben im Wesentlichen gleichgültig ist, ob die Eviktion vor oder nach Realisirung der divisio erfolgt) überhaupt nicht auf die Eviktion eines Objekts, welches der Erblasser für sein Eigenthum gehalten hat, zu beschränken, vielmehr auch bei sonstigen Gründen der Unmöglichkeit, eine der res certae zu erhalten, in Anwendung zu bringen sind, was dann natürlich in gleichem Maaße für divisio bonorum wie für unsere institutio ex re certa gilt. — Die Richtigkeit dieser beiden Ausdehnungen bedarf denn auch keiner großen Beweisführung.

Rücksichtlich der ersteren genügt es, wenn wir uns die oben (S. 194 ff.) ausgeführte Aehnlichkeit beider Anordnungen vergegenwärtigen; insbesondere haben wir gesehen, daß sich die institutio ex re certa vermöge ihrer juristischen Construktion gerade so gestaltet wie die divisio bonorum, d. h. auch bei ersterer sind die Erben zunächst auf, von den res certae unabhängige, partes hereditariae gerufen, nur im Effekte erhalten sie die res certae, und zwar als Prälegate; durch die Zuweisung dieser Prälegate wird das in den partes hereditariae Enthaltene gegenseitig gerade so entleert, wie dieß bei der divisio geschieht, jeder heres ex re certa institutus bekommt hauptsächlich, ja wenn Alles vertheilt ist vollständig, die res certa für das in seiner pars hereditaria Enthaltene; schon darum dürfen wir die aus fr. 77 §. 8 D. cit. abgeleiteten Grundsätze unbedenklich auf die institutio ex re certa anwenden. Ueberdieß aber erhellt auch bei der in Form von institutiones ex re certa von dem Erblasser vorgenommenen Theilung dieselbe conjectura voluntatis, von welcher Papinian in der gedachten Stelle bezüglich der divisio ausgeht, wie denn Justinian selbst in Nov. 107 cap. 1 (s. oben S. 195), beide Anordnungen im Sinne eines theilenden Erblassers ausdrücklich auf Eine Linie stellt; bei unserer institutio ist ebenfalls anzunehmen, daß der Testator, hätte er gewußt, eine der res certae sei res

aliena, den darauf Eingesetzten doch nicht leer ausgehen lassen wollte [39]), vielmehr stehen die einsetzungsweise gemachten Zuwendungen auch hier in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse; daraus folgt denn, daß einerseits, solange der evictus den Werth des evincirten Objektes ohne Verkürzung der den Miterben zugewendeten res certae bekommen kann, er denselben auch wirklich zu bekommen hat, und daß er andererseits, wenn dieß unmöglich ist, auf das in seiner pars hereditaria Enthaltene rekurriren darf, sofern ihm nicht die Miterben freiwillig die aestimatio rei evictae leisten wollen.

Was die zweite der oben behaupteten Ausdehnungen betrifft, so sprechen zwar die Worte des fr. 77 §. 8 cit. nur von dem speciellen Falle, wenn eine prälegirte species, welche der theilende Erblasser für sein Eigenthum gehalten hat, evincirt wird, allein die der Entscheidung zu Grunde liegende conjectura voluntatis, welche doch das Wesentliche ist, geht offenbar weiter: der Erblasser wollte diese Entscheidung sicher nicht bloß dann, wenn das Objekt gerade evincirt werde, denn an Eviktion konnte er nicht denken, da er die Sache für sein Eigenthum gehalten hat, vielmehr, sowie er dieselbe überhaupt darum und nur darum zugewendet hat, weil er glaubte, er könne sie geben, und der Erbe könne sie auch, als zur Erbschaft gehörig, wirklich erhalten, wie er ferner nur unter dieser Voraussetzung auch den anderen Erben die ihnen bestimmten Sachen zugewiesen hat, so ist es offenbar, daß er jene Entscheidung in allen denjenigen Fällen wollte, in welchem seine Voraussetzung nicht eingetroffen ist. Zugleich erhellt einfach, daß diese conjectura voluntatis ebensowohl für unsere institutio ex re certa wie für die divisio bonorum gilt.

Durch die bisherigen Erörterungen nun haben wir die Rich-

---

[39]) Soferne nicht die Gewißheit vorliegt, daß der Testator diesen Erben lediglich darum eingesetzt hat, weil er glaubte, ihm gerade diese Sache zuwenden zu können, s. oben S. 248, Note 4.

tigkeit der oben (S. 254) aufgestellten Behauptung erwiesen, um derentwillen die ganze bisherige Entwickelung stattgefunden hat, der Behauptung also: überall da, wo ein heres ex re certa institutus die Sache, welche er nach des Erblassers Willen bekommen soll, nicht bekommen kann, weil sie gar nicht oder nicht dauernd und sicher zu dem Nachlasse gehört, darf er, selbst wenn nach allgemeinen Grundsätzen ein Vermächtniß darum ungültig wäre, das Werthäquivalent der Sache beanspruchen, soferne ein zu dessen Leistung hinreichender, durch die institutiones ex re certa nicht erschöpfter, Rest des Vermögens vorliegt. — In Verbindung damit haben wir zugleich weiter (da Papinian's specielle Entscheidung gerade einen Fall überschwerter Erbschaft voraussetzt, und wir erst hieraus auf die Behandlung des soeben genannten Falles zurückzuschließen hatten) im Voraus einen für die Ueberschwerung der Erbschaft durch die res certae wichtigen Satz kennen gelernt, nämlich: wenn in den gedachten Fällen kein zur Leistung der aestimatio rei hinreichender unvertheilter Rest des Vermögens vorliegt, dann kann der heres ex re certa institutus allerdings zwar diese aestimatio nicht beanspruchen, allein er braucht dafür auch den Miterben zu ihren res certae nichts beizutragen, sondern behält den Werth seiner pars hereditaria, soferne nicht die Miterben freiwillig ihm soviel leisten, als er judicio testatoris bekommen sollte. — Wir haben endlich gesehen, daß beide Grundsätze nicht nur für unsere institutio ex re certa, sondern auch für die divisio bonorum gelten, ja wir konnten sie aus fr. 77 §. 8 cit. direkt nur für die letzte Anordnung ermitteln, und erst von da auf die erstere übertragen.

Es bleibt uns nun noch übrig, die Hauptanwendungen anzugeben, in welchen, abgesehen von der Eviktion einer dem Erben zugewendeten fremden Sache (dem in fr. 77 §. 8 cit. selbst enthaltenen Falle), diese beiden Sätze von Wichtigkeit werden. Diese Anwendungen sind folgende:

a) wenn sich ein Objekt als res aliena herausstellt, ohne daß

von Eviktion oder auch nur von deren Möglichkeit die Rede ist, besonders also wenn sich das Objekt nicht einmal in dem Besitze des Erblassers befand[40]); nur wird hier, wie natürlich, erfordert,

---

[40]) Aus den verschiedenen Punkten der bisherigen Erörterungen erhellt zugleich nebenbei eine Berichtigung der herrschenden Ansichten über die Frage, wann überhaupt ein legatum rei alienae, obwohl der Erblasser das Objekt irrthümlich für das seinige gehalten hat, gültig ist? — Man muß von dem allgemeinen Satze ausgehen, daß, nachdem einmal das Römische Recht dem Irrthume des Erblassers über das Eigenthum einen Einfluß auf die Gültigkeit des legatum rei alienae zuerkannt hat, die Gültigkeit in dieser Beziehung (also abgesehen von den sonstigen Erfordernissen der Errichtung dieses Vermächtnisses) lediglich quaestio voluntatis ist, daß sonach alle gesetzliche Bestimmungen darüber nur als Interpretationsregeln der voluntas testatoris anzusehen sind. Von diesem Gesichtspunkte aus kommt es, wie bekannt, vor Allem darauf an, ob der Erblasser wußte, daß ihm die Sache nicht gehöre, oder ob er sie irrthümlich für sein Eigenthum gehalten hat. In dem ersteren Falle (wo dann dem Honorirten die Beweislast über des Testators Wissenschaft obliegt) gilt das Vermächtniß unbedingt, denn es ist hier kein Irrthum des Testators möglich. Dagegen in dem zweiten Falle geht zwar die natürliche Regel dahin, daß das Vermächtniß nicht zu Recht besteht (forsitan enim, si sciisset alienam, non legasset, et ita Divus Pius rescripsit, §. 4 J. de legat.), indessen ausnahmsweise gilt es doch auch hier. Dabei fehlt man nun meines Ermessens darin, daß man nur einzelne Ausnahmsfälle nennt, und diese als etwas einmal gesetzlich bestimmtes und nicht auszudehnendes ansieht (so beschränkt noch neuerdings Bachofen (das Röm. Pfandrecht Bd. I, S. 129) die Gültigkeit auf den Fall, daß der Legatar eine persona conjuncta ist, und sieht darin zugleich eine praesumtio juris et de jure), während doch in den Quellen nicht nur noch andere Fälle erwähnt werden, sondern überdieß aus allen da erwähnten Fällen ein gemeinschaftliches, eine Beschränkung auf specielle Fälle nicht enthaltendes, auf die voluntas testatoris gebautes Princip ersichtlich ist. Man muß, in consequenter Durchführung des obigen allgemeinen Princips, sagen: auch wenn der Erblasser die Sache irrthümlich für die seinige hielt, gilt doch das Vermächtniß dann, wenn es unter Umständen hinterlassen ist, welche annehmen lassen, daß der Erblasser, auch wenn er seinen Irrthum gekannt hätte, dennoch ein Vermächtniß angeordnet haben würde (si legaturus esset, etsi sciisset, rem alienam esse, wie man den Schluß der c. 10 C. de leg., ohne übrigens dort den Text in dieser Art verändern zu wollen, demgemäß verallgemeinern darf). Als solche Umstände erkennen die Quellen ausdrücklich an: 1) wenn der Legatar eine persona conjuncta ist, c. 10 C. cit.;

daß dasselbe deutlich und individuell erkennbar bezeichnet ist, denn ist dieß nicht der Fall (z. B. der Erblasser weist seinen Garten dem A, sein Haus dem B zu, während er in der That gar kein

---

hier sah der Erblasser mehr auf die Person als auf die Sache (s. bereits oben S. 256). Bachofen a. a. O. S. 129, Note 10 zählt unter Berufung auf fr. 72 (denn dieses Fragment meint er jedenfalls statt des dort im Drucke ersichtlichen fr. 73) D. ad Sct. Treb. zu den personae conjunctae auch den Erben als solchen, also den Prälegatar, jedoch mit Unrecht; diese Stelle enthält einen anderen Gesichtspunkt (s. unten 3, a), dagegen aber zeigt der erste Theil des fr. 77 §. 8 D. de leg. II deutlich, daß eine persona conjuncta, wenn sie zugleich Erbe ist, und den Werth ihres Erbtheils behält, als Prälegatar jene günstige voluntas testatoris geradezu nicht für sich hat; den Grund s. bereits oben S. 257. 2) wenn die Sache dem Erben gehört; fr. 67 §. 8 D. de leg. II : Sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, quum dominium rei sit apud heredem; 3) wenn das Vermächtniß mit andern letztwilligen Dispositionen zusammenhängt, und um ihrerwillen angeordnet ist; hier wollte der Erblasser unter allen Umständen ein Vermächtniß zuwenden, weil sich sonst der Totalzweck seiner Anordnung nicht realisiren würde. Diesen Gesichtspunkt finden wir vornemlich in zwei Fällen : a) wenn dem Erben aufgegeben ist, die Erbschaft zu restituiren praecepta certa re; hierher gehört das fr. 72 D. ad Sct. Treb. s. darüber bereits oben S. 265, Note 34. b) wenn der Erblasser bei Anordnung einer divisio bonorum oder Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae einem derselben eine res aliena zugewendet hat, soferne zugleich noch ein für Leistung des Werths dieser Sache genügender unvertheilter Vermögensrest vorhanden ist; die Begründung dieses Satzes hat einen Hauptbestandtheil unsrer Erörterungen über den zweiten Theil des fr. 77 §. 8 D. de leg. II gebildet. — In allen diesen Fällen braucht der Vermächtnißnehmer die ihm günstige voluntas des Erblassers nicht zu beweisen, eben weil sie schon aus den Umständen hervorgeht. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß auch in sonstigen Fällen das Vermächtniß einer fremden Sache, welche der Erblasser für sein Eigenthum gehalten hat, gilt, wenn Umstände oder der Beweis des Erben dafür sprechen, daß ihm der Erblasser legirt hätte, etsi sciisset, rem alienam esse. — Alles Bisherige läßt sich sonach unter folgenden einfachen Gesichtspunkt zusammenfassen : Die Gültigkeit eines legatum rei alienae hat die Vermuthung gegen sich, es gilt daher nur dann, wenn entweder der Legatar beweist, daß der Erblasser gewußt hat, die Sache gehöre ihm nicht, oder wenn Umstände vorliegen, welche annehmen lassen, daß der Erblasser, auch wenn er gewußt hätte, daß ihm die Sache nicht gehört,

Haus hat, und auch nicht erhellt, welches specielle fremde Haus er meint), dann fehlt es an allem Maaßstabe einer aestimatio, hier können weder die Miterben bei überschwerter Erbschaft sich zur Leistung der aestimatio erbieten, noch kann der mit dem unkenntlichen Objekte bedachte Erbe dieselbe fordern, sollte auch ein noch so großer unvertheilter Vermögensrest vorhanden sein, vielmehr behält derselbe den Werth seiner pars hereditaria, er braucht daraus nichts an die Miterben abzugeben, während diese unter sich fortwährend zu ihren res certae beizutragen haben.

b) Wenn ein Objekt mit einem Pfandrechte belastet ist, ohne daß dieß der Erblasser wußte; nach gewöhnlichen Grundsätzen müßte hier lediglich der mit der Sache Honorirte die Pfandschuld ablösen, anders aber, wenn bei Anordnung einer divisio bonorum oder institutio ex re certa einem der Erben eine verpfändete Sache zugewiesen wird. Ist hier noch ein unvertheilter Rest des Vermögens vorhanden, mit welchem die Pfandschuld getilgt werden kann, so muß deren Tilgung aus diesem Reste geschehen, im anderen Falle dagegen braucht der mit der verpfändeten Sache honorirte Erbe aus seiner pars hereditaria nur dann den Miterben zu den ihnen zugedachten Objekten beizusteuern, wenn sie ihm jenes Pfandrecht ablösen. Dieß ist nur eine selbstverständige Folge des allgemeinen, aus dem zweiten Theile von fr. 77 §. 8 D. de leg. II entwickelten Grundsatzes, es wird uns aber überdieß, und zwar wiederum von Papinian, für die divisio bonorum ausdrücklich gesagt, was denn zugleich noch wesentlich dazu beiträgt, die Richtigkeit unserer obigen Interpretation des fr. 77 §. 8 cit. zu bestätigen.

---

dennoch entweder diese Sache oder eine Sache von gleichem Werthe vermacht haben würde. — Daß übrigens überall, wo das legatum rei alienae nach dem Bisherigen überhaupt gilt, der Anspruch des Legatars nicht darauf beschränkt ist, daß gerade vor seinem Besitzerwerbe die Sache sich als fremd herausstellt, ist schon oben S. 257, Note 27 gegen Bachofen erwiesen werden.

fr. 33 D. fam. erc. (10, 2). PAPINIANUS lib. 7 Respons.: Si paterfamilias fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres praestare cogitur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.

Der Jurist entscheidet hier rücksichtlich des Anspruches des mit einer res obpignerata bei einer divisio bonorum Honorirten geradeso, wie er in fr. 77 §. 8 D. cit. rücksichtlich des mit einer res aliena bei derselben Anordnung Bedachten gethan hat; auch hier ist also, wie in letzterer Stelle, vorauszusetzen, daß die Entscheidung zunächst nur einen Fall im Auge hat, in welchem nicht soviel unvertheiltes Vermögen vorhanden ist, daß daraus die luitio pignoris bewirkt werden kann, indem sonst auch hier der Ausdruck der Entscheidung weiter hätte gehen müssen [41]).

---

[41]) Auch bezüglich des Vermächtnisses einer verpfändeten Sache geben unsere Erörterungen eine Berichtigung der herrschenden Ansichten über die Frage, wann nicht dem Honorirten, sondern dem Gravirten die luitio pignoris obliegt, obwohl der Erblasser von dem Pfandnexus nichts wußte. — Bekanntlich steht das Vermächtniß einer verpfändeten Sache dem legatum rei alienae insofern gleich, als, wenn auch der Legatar das Eigenthum der Sache (soferne sie dem Erblasser gehört) unbedingt verlangen kann, doch wegen des Veräußerungsrechts de sPfandgläubigers ungewiß ist, ob er die Sache behalten kann (fr. 45 §. 1 fin. D. de leg. I: — ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non licet), es wird also darauf ankommen, wer das Pfandrecht ablösen muß, damit der Legatar die Sache behalten kann. Auch dieß ist lediglich quaestio voluntatis defuncti, und in dieser Beziehung sieht das Römische Recht, wie bei dem legatum rei alienae, zunächst darauf, ob dem Erblasser der Pfandnexus bekannt war oder nicht. In dem ersteren Falle liegt die luitio dem Gravirten ob, soferne nicht der Erblasser dieselbe dem Honorirten auferlegt hat, was er dann wohl in der Regel ausdrücklich aussprechen wird (§. 5 J. de leg., fr. 57 D. de leg. I, c. 6 C. de fideic. 6, 42), was aber auch unter Umständen schon stillschweigend in dem Vermächtnisse liegen kann (so in fr. 15 D. de dote prael. 33, 4). In dem zweiten Falle dagegen ist es allerdings Regel, daß der Honorirte selbst das luere zu besorgen hat; meist wird ihm dadurch freilich sein Vermächtniß so inhaltslos werden, wie wenn sich bei einem legatum rei alienae

c) Wenn einem der Erben eine res litigiosa zugetheilt ist. Wir haben bereits oben (S. 212) gesehen, daß in diesem Falle nach einer Verordnung von Gratian, Valentinian und Theodos die Klage lediglich von den Erben durchzuführen ist,

---

der Honorirte die fremde Sache mit eigenem Gelde anschaffen sollte, inzwischen ist es dennoch möglich, daß ihm ein Vortheil bleibt, denn: potest aliquid esse superfluum aere alieno, fr. 57 D. de leg. I. Mühlenbruch im Archiv für civ. Prax. Bd. XV, S. 393 ff. Ausnahmsweise muß indessen hier der Gravirte, nicht der Honorirte, das Pfandrecht ablösen; auch diese Ausnahmen sind nicht als Einzelnheiten anzusehen, sondern fassen sich unter das allgemeine Princip zusammen: wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Erblasser, auch wenn er den Pfandnexus gekannt hätte, dennoch diese oder eine andere Sache vermacht haben würde, ja hier wird es uns von den Quellen ausdrücklich in dieser Allgemeinheit gesagt, fr. 57 D. de leg. I: — si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si sciisset obligatum; c. 6 C. de fideic.: — aut, si sciisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Solche Anhaltspunkte werden dann wegen gleicher ratio wie bei dem legatum rei alienae auch hier vorliegen: 1) wenn der Honorirte eine persona conjuncta ist, obwohl wir keine ausdrückliche Stelle dafür haben; 2) wenn die Sache dem gravirten Erben verpfändet ist, obwohl auch dieß in den Quellen nicht speciell hervorgehoben wird. Uebrigens ist zu beachten, daß dieser Fall überhaupt nur dann von Bedeutung wird, wenn zugleich die Sache selbst res aliena ist, d. h. nicht in des Erblassers Eigenthum stand, denn sonst würde mit dem Erbschaftserwerb das Pfandrecht des Erben, einerlei ob der Erblasser selbst oder ein Dritter der Schuldner der pfandlich gesicherten Forderung war, per confusionem erloschen sein; 3) wenn der Erblasser zur Realisirung anderer letztwilliger Dispositionen das Vermächtniß bestellt hat, also der Totalzweck seines Willens vereitelt würde, wenn das Vermächtniß dem Honorirten nicht den vollen Vortheil einer unverpfändeten Sache gäbe; dieß finden wir denn auch in den Quellen ausdrücklich anerkannt für die beiden, bereits oben bei dem legatum rei alienae in derselben Beziehung hervorgehobenen Fälle: a) wenn dem Erben aufgegeben ist, die Erbschaft zu restituiren praecepta certa re, fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. (vergl. darüber bereits oben S. 113 ff.); b) im Falle einer divisio bonorum, soferne ein für die luitio hinreichender unvertheilter Rest des Vermögens vorhanden ist, arg. unsres fr. 33 D. fam. erc.. also in gleichem Falle auch bei unserer institutio ex re certa. — Denken lassen sich auch noch andere Fälle, mit Unrecht aber will v. Buchholtz Präl. S. 220, Note 23—25 den Fall hierher ziehen, wenn eine verpfändete Sache als Prälegat hinterlassen ist; bei dem Prälegate soll es zum Unterschiede von dem simplen Legate einer verpfändeten Sache für die Luitionspflicht

der Honorirte aber mit der aestimatio des Streitgegenstandes abgefunden werden soll. Die letztere Bestimmung ändert nun bekanntlich Justinian in Nov. 112 cap. 1 dahin ab, daß derjenige, welchem legali nomine eine res litigiosa hinterlassen ist, überhaupt nur dann ein Anspruch, nun aber auch auf das vermachte Objekt selbst, zustehen solle, wenn die Erben in dem Processe obgesiegt haben, „quoniam sciens testator rem litigiosam esse litis eventum legatario dereliquit". Es muß nun aber behauptet werden, daß diese Bestimmung Justinian's allgemein dann keine Anwendung leidet, wenn eine divisio bonorum oder ein Fall unserer institutio ex re certa in Frage steht, und dabei einem der Erben eine res litigiosa zugewiesen ist, indem es den früheren Ausführungen zufolge in der That bei keiner dieser Anordnungen der conjectura voluntatis angemessen erscheint, den Honorirten eventuell leer ausgehen zu lassen. Vielmehr muß man hier, gerade mit Rücksicht

---

der Gravirten ohne Einfluß sein, ob der Erblasser den Pfandnexus gekannt hat oder nicht, indem die hier einschlagenden Gesetze (fr. 28 und 33 D. fam. erc.), in der That allgemein redeten, und man daher annehmen müsse, der Erbe sei eine von dem Erblasser so geliebte Person, daß ihm derselbe das Prälegat sogar in dem Falle hinterlassen haben würde, wenn er die Verpfändung gekannt hätte. Allein es ist schon oben bei dem legatum rei alienae gezeigt worden, daß der Erbe als solcher in der That keine persona conjuncta ist, daß vielmehr eine persona conjuncta gerade dann, wenn sie zugleich Erbe ist, und ihren Erbtheil behält (wie v. Buchholtz a. a. O. S. 361, Note 2 selbst anerkennt), ihr Vorzugsrecht verliert. Was aber die beiden von v. Buchholtz citirten Stellen betrifft, so erledigt sich fr. 33 D. cit, das allerdings jenen Unterschied nicht macht, durch die von uns aufgestellten Gesichtspunkte hinlänglich, und fr. 28 D. eod. setzt augenscheinlich voraus, daß der Erblasser den Pfandnexus kannte: rem pignori creditori datam (das wird doch der Erblasser gewußt haben) si per praeceptionem legaverit testator, etc., gerade wie man in Gaj. II, §. 220: si quis eam rem, quam creditori fiduciae causa dederit etc. nicht in Abrede stellen kann, daß der Testator diese seine eigne Handlung gekannt haben wird. — Der Behauptung von Bachofen a. a. O. S. 132, Note 4, daß auch hier der Besitzerwerb die Grenzscheide des an sich begründeten Rechtes des Honorirten auf Vornahme der pignoris luitio durch den Gravirten bilde, steht meiner Ansicht nach dasselbe entgegen, was deßfalls schon früher bezüglich des legatum rei alienae bemerkt worden ist.

auf den Willen des Erblassers, die Entscheidung dahin geben [41a]), daß der mit dem Streitgegenstande bedachte Erbe entweder gleich jetzt dessen aestimatio fordern darf, sodaß das Objekt selbst später entweder gemeinschaftlich bleibt oder gemeinschaftlich verloren geht, oder aber er braucht aus seiner pars hereditaria den Miterben nur dann zu ihren res certae beizutragen, wenn ihm dieselben Caution dahin leisten, daß ihm bei demnächstigem glücklichen Ausgange des Processes die res litigiosa selbst, bei unglücklichem Ausgange aber deren aestimatio zu Theil werde.

d) Wenn die einem Erben zugewendete res (aliena oder propria testatoris) später, jedoch noch vor dem Erwerbe derselben, ohne Schuld der Gravirten extra commercium (und zwar nicht blos des Prälegatars) kommt, oder physisch untergeht, während hier nach gewöhnlichen Grundsätzen [42]) das Vermächtniß ungültig würde, sodaß nicht einmal die aestimatio rei gefordert werden könnte.

e) Wenn die res certa eine Forderung ist, und diese bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen animus adimendi, und ohne daß ein Surrogat dafür in sein Vermögen gekommen ist, erlischt, es sei ipso jure oder per exceptionem; nach allgemeinen Vermächtnißgrundsätzen würden hier die Regeln über Untergang des legirten Objektes zur Anwendung kommen, der damit Bedachte könnte nicht einmal die aestimatio fordern [43]). Anders, wenn sich dieser Fall bei einer divisio bonorum oder institutio ex re certa ereignet, hier ist jedesmal ein Anspruch auf den Werth der erloschenen Forderung begründet, und zwar wieder direkt, wenn der etwa

---

[41a]) Dieß jedesmal bei der divisio bonorum (s. oben S. 253, Note 23), bei der institutio ex re certa aber wenigstens im Zweifel (s. oben S. 246 ff.), d. h. solange nicht noch ein besonderer Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß der Testator diesen Erben gerade nur für den Fall des glücklichen Proceßausganges überhaupt instituirt hat, wo dann diese Erbeseinsetzung selbst als eine bedingte erscheint.

[42]) z. B. §. 16 J. de leg. (2, 20). fr. 53 §. 7. 9 D. de leg. I. fr. 22 §. 2 D. de leg. III.

[43]) §. 21 J. de leg. (2, 20). fr. 11 §. 13 D. de leg. III. Roßhirt, Vermächtnisse, Bd. II, S. 269 ff.

unvertheilte Rest des Nachlasses zur Zahlung dieser Summe ausreicht, im anderen Falle dagegen nur indirekt, d. h. der Honorirte braucht aus seiner pars hereditaria den Miterben nichts abzutreten, soferne sie ihm nicht den Werth jener Forderung prästiren.

f) Gleiche Grundsätze nach derselben Unterscheidung müssen endlich auch dann eintreten, wenn der auf eine species Eingesetzte dieselbe (nicht etwa blos ihre aestimatio) bereits vor dem dies cedens, also vor dem Erbschaftserwerbe, aus einem anderweiten, und zwar lukrativen Rechtsgrunde definitiv in sein Vermögen erworben hat, obwohl in solchem Fall nach gewöhnlichen Grundsätzen ein Vermächtniß, sei es simples Vermächtniß oder Prälegat [44]), durch concursus duarum causarum lucrativarum erlöschen würde [45]). Bei den im Falle einer Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae (wie auch einer divisio bonorum) vermöge juristischer Construktion vorliegenden Prälegaten macht sich nämlich auch in der hier zur Sprache gebrachten Rücksicht der auf die conjectura voluntatis gegründete Satz geltend, wonach Jeder aus seiner pars hereditaria zu den res certae der Miterben nur darum beizutragen hat, weil ihm auch diese aus ihren partes hereditariae zu der seinigen beitragen sollen; daran aber kann sich natürlich dadurch nichts ändern, daß einer der Honorirten die ihm zugewendete res certa inzwischen anderswie, wenn auch lukrativ, erworben hat. Ueberdieß aber muß dieser Satz, was wohl zu beachten ist, auch in umgekehrter Ausdrucksweise dahin aufgefaßt werden: Jedem wird sein Prälegat nur in der Art zu Theil, daß er gegen und für dasselbe aus seiner pars hereditaria den Miterben etwas abgibt; demnach bekommt er seine res certa in der That nicht unentgeltlich, denn daß das dafür an die Miterben Abzutretende ebenfalls lukrativ (nämlich jure hereditario) von ihm erworben war, entscheidet natürlich ebenso-

---

[44]) v. Buchholtz a. a. O. S. 598, Note 260.

[45]) §. 6 J. de leg. (2, 20).

wenig, wie der Umstand, daß ein Vermächtnißnehmer das legirte Objekt vor dem dies cedens sich mit ihm etwa geschenkten Gelde anschafft, geeignet ist, diesen Erwerb zu einem lukrativen zu machen. Schon nach allgemeinen Grundsätzen [46]) liegt daher hier in Wirklichkeit gar kein concursus duarum causarum lucrativarum vor, indem wohl jener frühere Erwerb, nicht aber auch der aus der institutio ex re certa (oder divisio bonorum) abzuleitende Anspruch auf die res certa ein lukrativer genannt werden kann.

BB. Wir gehen nunmehr zu der Frage über, wie es zu halten sei, wenn eine oder die andere der res certae überhaupt nicht oder nicht dauernd und sicher zu dem Nachlasse gehört, zugleich aber in demselben kein genügendes Werthäquivalent dafür sich findet, m. a. W. also, wenn durch Zuwendung der res certae die Erbschaft überschwert ist. Allerdings haben wir, wie nicht zu vermeiden war, bereits in den soeben geschlossenen Erörterungen, und zwar aus dem wörtlichen Inhalte des fr. 77 §. 8 D. de leg. II, eine hierher gehörige wichtige Entscheidung kennen gelernt, und in einer Reihe von Fällen zur Anwendung gebracht; allein dieselbe ist keineswegs für alle hier denkbaren Fälle erschöpfend. Wir haben daher, unter einstweiliger Beiseitsetzung dieser Entscheidung, unsere Frage nach ihrer gesammten Bedeutung zu prüfen, im Verlaufe wird sich alsdann den bereits von uns gefundenen Resultaten leicht die rechte Stellung anweisen lassen.

Ueberschwerung der Erbschaft durch res certae ist durchweg

---

[46]) fr. 34 §. 8 D. de leg. I. Et multo magis hoc (in dem vorhergehenden §. 7 nämlich heißt es : quodsi rem emissem mihi legatam, usque ad pretium, quod mihi abest, competit mihi ex testamento actio.) dicendum est, si duobus testamentis mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogavit vel ipsam rem, vel aliud pro ea, aut si sub conditione legasset dandi quid pro ea; nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestiturus.

wesentlich verschieden von demjenigen, was man gewöhnlich Ueberschwerung der Erbschaft zu nennen pflegt, von dem Falle nämlich, wenn den gehörig eingesetzten Erben zu viele Unzien zugewiesen sind. In diesem letzteren Falle ist überschwert dasjenige, worauf die Erben als solche gerufen sind, nichts materielles, sondern das jus ipsum defuncti, die hereditas als ideelles Begriffsganzes, einerlei, was und wieviel in dem Nachlasse enthalten ist; in unseren Fällen dagegen ist überschwert dasjenige, was die Erben als Prälegatare materiell bekommen sollen, das Aggregat der res hereditariae. Dort ferner besteht die Ueberschwerung darin, daß mehr Bruchtheile des ideellen Ganzen (partes hereditariae) ausgetheilt sind, als ein Ganzes faßt; hier dagegen darin, daß mehr Werth vertheilt ist, als die Erbschaft, und zwar das in dem Nachlasse befindliche Aktivvermögen, in concreto enthält; ein Objekt überschwert dann die Erbschaft, wenn es (nach irgend einer der aus den früheren Erörterungen uns bereits bekannten Richtungen) gar nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse enthalten ist, und zugleich kein etwa unvertheilter Rest desselben vorliegt, mit welchem jenes Objekt erhalten oder sein Werth ersetzt werden könnte. Unzienüberschwerung endlich wird lediglich durch Anordnung des Testators herbeigeführt, sie ist darum eine einmalige und bleibende, es kann nicht durch Veränderung des überschwerten Objektes (eben weil dieses immer dasselbe bleibt) bewirkt werden, daß eine anfangs vorhandene Ueberschwerung später wegfällt, oder daß eine anfangs nicht vorhandene erst in der Folge entsteht; anders in unseren Fällen, hier richtet sich die Ueberschwerung weniger nach der Anordnung des Erblassers, als vielmehr hauptsächlich nach dem Bestande des Vermögens, sie ist daher wie dieser nichts einmaliges, sich dann stets gleich bleibendes, sondern etwas schwankendes, veränderliches, eine solche Ueberschwerung kann einerseits im Augenblicke der Anordnung vorhanden sein, nachher aber wieder wegfallen, z. B. durch inzwischen vollendete Ersitzung der ur-

sprünglich fremden überschwerenden Sache, oder durch weitern Vermögenserwerb, welcher nunmehr ein genügendes Aequivalent für die in der Erbschaft nicht enthaltenen Sache bietet, oder in Anschaffung dieses Objektes selbst besteht, es kann andererseits eine Ueberschwerung zur Zeit der Anordnung nicht vorhanden sein, später aber durch inzwischen eingetretene Vermögensverminderung zum Vorscheine kommen, z. B. durch nachträgliche Veräußerung, Verpfändung, physischen Untergang oder Verkehrsentziehung einer der res certae.

Bei jener ideellen Unzienüberschwerung wird es nun bekanntlich so gehalten, daß, obwohl die Theilung, so wie sie vorliegt, nicht befolgt werden kann, doch die aus ihr ersichtliche voluntas testatoris realisirt wird; nach demselben Verhältnisse, in welchem die wirklich ausgetheilten partes hereditariae zu einander stehen, werden sie nunmehr verringert [47]), gerade wie sie verhältnißmäßig dann erhöht werden, wenn sie zusammen ein Ganzes nicht erschöpfen [48]), beides gestützt eben darauf, daß der Testator, wenn auch zwölf Unzien die solemnis assis distributio bilden, doch soviele Unzien wählen darf als er will, und nur die daraus ersichtliche Verhältnißmäßigkeit der ausgetheilten partes hereditariae maaßgebend ist [49]).

Liegt dagegen in dem Falle unserer institutio ex re certa eine materielle Ueberschwerung der res hereditariae, des Werthes der Erbschaft vor, so muß, um die hier eintretenden Grundsätze zu bestimmen, zunächst auf einen Unterschied zurückgegangen werden, welchen wir für die rechtliche Behandlung dieser Erbeseinsetzungen bereits früher kennen gelernt haben, auf den Unterschied nämlich, ob des Testators Absicht dahin ging, wirklich auf res certae zu instituiren, oder aber mit Nennung der res nur

---

47) §. 7 J. de her. inst. (2, 14). fr. 13 §. 4 D. de her. inst. (28, 5).

48) §. 7 J. eod. fr. 13 §. 2. 3 D. eod.

49) §. 5 J. eod. fr. 13 §. 1 D. eod.

die Erbschaftsquoten auszudrücken, auf welche die Erben gerufen sein sollen.

1) In dem letzteren Falle geht, wie wir wissen [50]), die ganze Behandlung der Anordnung dahin, daß die Eingesetzten nun auch wirklich auf Quoten gerufen werden, welche dem gegenseitigen Werthverhältnisse der bezeichneten res entsprechen. Eine einfache Folge davon ist, daß wenn die wirklich genannten res den Nachlaß überschweren, jetzt dieselbe verhältnißmäßige Reduktion der nach ihnen geschaffenen, die hereditas überschwerenden, Quoten eintreten muß, welche bei wirklicher Unzienüberschwerung [51]) gilt. Der hauptsächlichste Fall dieser Art wird, wie ebenfalls bereits früher [52]) bemerkt worden ist, der sein, daß der Testator sämmtliche Erben auf Summen instituirt, diese aber, in Ueberschätzung seines Vermögens, zu groß angegeben hat. Gesetzt also, der Erblasser schlägt den Werth seines Vermögens, welches sich in der That nur auf 1000 beläuft, zu 3000 an, und ernennt sich zwei Erben, den A auf 1000, den B auf 2000, so ist die Anordnung dahin aufzufassen, als sei A auf $\frac{1}{3}$, B auf $\frac{2}{3}$ instituirt; dieß angewendet auf den wirklichen Vermögenswerth von 1000 wird nun A $\frac{1}{3}$, B $\frac{2}{3}$ desselben bekommen. — Dieser Gesichtspunkt ist denn auch von den wenigen Schriftstellern, welche überhaupt den Fall der Ueberschwerung der Erbschaft durch res certae hervorgehoben haben, als der richtige anerkannt. [53])

---

[50]) S. oben S. 134.

[51]) S. Note 47 auf S. 283.

[52]) S. oben S. 139, Note 10.

[53]) v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II, S. 161 gegen Ende. Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht, Bd. III, S. 423. — Dagegen kann diese Entscheidung in gleicher Weise nicht so allgemein bei der divisio bonorum zur Anwendung kommen. Sollte hier der theilende Erblasser allzugroße Summen zugewiesen, und zugleich die Absicht gehabt haben, durch diese Zuweisungen die Erben in ein gegenseitiges Verhältniß zu setzen, so ist es in der Regel nicht möglich, nach dem Verhältnisse der Summen die Erbquoten zu bestimmen, auf welche die Erben direkt gerufen sein sollen,

2) Wie aber verhält es sich in den gewöhnlichen und eigentlichen Fällen unserer institutio ex re certa, wenn nämlich der Testator die Erben ohne die Absicht der Angabe von Quotenverhältnissen auf res certae instituirt hat, diese seine Anordnung also rechtlich dahin aufgefaßt wird, daß die Eingesetzten als heredes sine parte scripti, die ihnen zugewiesenen res certae als Prälegate gelten?

Als maaßgebend für die Entscheidung dieser Fälle stellt v. Vangerow [54]), welchem in neuester Zeit auch Sintenis [55]) folgt, an die Spitze den soeben genannten Satz: die Eingesetzten erscheinen hier als heredes sine parte scripti, die res certae gelten als Prälegate; demgemäß entscheidet er unsere Frage

---

weil bei der divisio der Erblasser diese Erbquoten (mit der Delation überhaupt) als bereits aliunde bestimmt voraussetzt; nur dann geht es an, wenn es Testamentserben sind, und der Erblasser sie zuerst unbestimmt (ohne Angabe von partes) instituirt, nachher aber in einem weiteren Satze die Verhältnißsummen angegeben hat, z. B. A und B seien meine Erben, und zwar weise ich dem A 1000, dem B 3000 zu, hier gilt A als auf $^1/_4$, B als auf $^3/_4$ eingesetzt. Liegt aber ein solcher Fall nicht vor, sondern setzt der Erblasser die Quoten wirklich als aliunde bestimmt voraus, so muß die Entscheidung dahin ausfallen: 1) entsprechen die aus den zu großen Summen ersichtlichen Verhältnisse wirklich den aliunde vorausgesetzten Quoten, so sind sie einfach zu reduciren, z. B. A und B sind Testaments- oder Intestaterben, jeder auf $^1/_2$; der Erblasser, sein Vermögen zu 12000 anschlagend, während es nur 8000 beträgt, hatte per divisionem dem A 6000, dem B ebenfalls 6000 zugewiesen; hier bekommt A 4000, B 4000. 2) entsprechen dagegen die aus den Summen ersichtlichen Verhältnisse den aliunde vorausgesetzten Erbquoten nicht, dann bewirkt nun die von dem Erblasser bezweckte Verhältnißmäßigkeit ein Universal-Fideikommiß zu Gunsten dessen, welchem mehr als der Werth seiner Erbquote zugewiesen ist, z. B. A und B sind Testaments- oder Intestaterben, jeder auf $^1/_2$; der Erblasser, sein Vermögen zu 12000 anschlagend, während es nur 8000 beträgt, hatte per divisionem dem A 3000, dem B 9000 zugewiesen; hier hat A die Hälfte seiner Erbportion an B als fideicommissum hereditatis zu restituiren, sodaß er nur 2000 jure heredis behält, B dagegen seine vollen 4000 als heres directus, und überdieß 2000 als heres fideicommissarius hat.

54) a. a. O. S. 161, Nummer B, 1, a.

55) a. a. O. S. 423.

rein nach den allgemeinen Grundsätzen über Gültigkeit und Ungültigkeit solcher Vermächtnisse, durch deren Zuwendung die Grenzen der Honorirung überschritten sind.

Hiernach soll denn allerdings dasjenige Prälegat, welches den aktiven Vermögensbestand überschwert, soweit es denselben überschwert, wegfallen, dagegen sollen diejenigen Prälegate, bei welchen dieß nicht der Fall ist, im Allgemeinen bestehen bleiben, und nur erforderlichen Falles von dem Eingesetzten, dessen res certa als überschwerend verloren geht, ex lege Falcidia bis zum Belaufe eines freien Viertels seiner deducta re geschaffenen pars hereditaria verkürzt werden können, wobei denn noch, soferne diesem Eingesetzten nach Beseitigung der Ueberschwerung des Nachlasses wenigstens ein Theil seiner res certa erhalten bleibt, die Grundsätze der sog. compensatio legatorum mutuorum zur Anwendung gebracht werden sollen.

Diesen Gesichtspunkten gemäß soll entschieden werden sowohl dann, wenn allzugroße Summen ausgesetzt sind, ohne daß des Testators Absicht erhellt, durch Angabe dieser Summen lediglich das Verhältniß der Erbquoten zu einander bestimmen zu wollen [56]),

---

[56]) Für die Gestaltung des Verhältnisses in einem solchen Falle gibt v. Vangerow folgendes Beispiel an: Gesetzt der Testator hält sein Vermögen, Alles zu baarem Gelde angeschlagen, 10,000 groß, und setzt nun (ohne damit das Verhältniß der Erbquoten ausdrücken zu wollen) den A auf 9000, den B auf 1000 ein, es findet sich aber, daß das Vermögen nur 6000 ausmacht. Als Erbe gilt hier jeder auf die Hälfte, also auf 3000; der A muß nun aber an den B die Hälfte des diesem ausgesetzten Vermächtnisses, also 500, auszahlen, B aber müßte an den A 4500 prästiren, da er aber nicht mehr zu geben hat, als er selbst bekommt, und sich überdieß von seiner Portion noch die Quart abziehen darf, so behält er von seiner Erbportion die Quart (= 750) zurück, und gibt also nur 2250 an den A. Ja, er darf nicht einmal die vollen 750 abziehen, weil ihm der A ebenfalls ein Legat auszahlen muß, welches, soweit es reicht, mit der Quart compensirt werden muß, weßhalb er also hier nur 250 abziehen darf, und 2750 an den A auszahlen muß. Hiernach hat nun also A von seiner Erbportion übrig 2500, und dazu bekommt er von B 2750, also im Ganzen 5250; B aber hat von seiner Erbportion übrig 250, und dazu erhält er von A 500, also im Ganzen 750.

als auch dann, wenn die Einsetzungen auf anderweite Vermögensobjekte gerichtet sind. In letzterer Rücksicht gibt v. Vangerow folgende Fälle und Entscheidungen an: hätte, sagt er, z. B. der Testator, dessen ganzer Nachlaß in einem Hause besteht, den Titius zum Erben auf sein Haus, den Gajus zum Erben auf seinen Garten eingesetzt, so müßte der Letztere ¼ (vermöge der lex Falcidia), der Erstere ¾ des Hauses erhalten; hätte aber in einem solchen Falle die Disposition also gelautet: Titius soll Erbe auf das eine, Gajus Erbe auf das andere meiner Häuser sein, so gelte natürlich wegen totaler Unbestimmtheit keines dieser Legate, und Titius und Gajus erhielten einen gleichen Antheil an dem, die Erbmasse bildenden Hause.

Es läßt sich nun nicht in Abrede stellen, daß aus dem Standpunkte der juristischen Construktion unsrer institutio ex re certa diese Entscheidungen die richtigen sind, sie haben in dieser Rücksicht die civilistische Consequenz für sich; allein ebensowenig läßt sich andrerseits verkennen, daß die hierdurch entstehenden Resultate schon auf den ersten Blick den Eindruck der Unbilligkeit hervorrufen. Unbillig nämlich erscheint es, daß, während derjenige, dessen res certa die Erbschaft überschwert, nun dieselbe nicht erhalten kann, dennoch die anderen Erben ungehindert den Anspruch auf die ihnen zugewiesenen res certae, höchstens durch die Falcidia geschmälert, behalten sollen.

Bringen wir uns den Grund dieser Unbilligkeit genauer zum juristischen Bewußtsein, so zeigt sich derselbe alsbald darin, daß jene Entscheidungen dem in Anordnung einer institutio ex re certa ersichtlichen Willen des Erblassers offenbar nicht entsprechen. Dieser Wille geht, ganz ähnlich wie bei Anordnung einer divisio bonorum, dahin: der Erblasser weist dem Einen das nur gerade darum zu, weil er dem Andern jenes zutheilt; es soll also Jeder das Seinige nur insofern bekommen, als auch der Andere das Seinige erhält, m. a. W. die Zuwendungen der res certae stehen zu einander in einem sich gegenseitig be-

dingenden Verhältnisse; wer demnach seinerseits nichts erhält, braucht auch nichts abzugeben.

In der That finden wir nun auch in den Quellen, obwohl zunächst nur für die divisio bonorum, eine gerade den Fall der Ueberschwerung der Erbschaft durch eine res certa betreffende, lediglich aus der soeben angegebenen conjectura voluntatis erklärliche, dagegen mit den v. Vangerow'schen Gesichtspunkten unvereinbare Entscheidung Papinian's in dem zweiten Theile des fr. 77 §. 8 D. de leg. II, sodaß wir hinsichtlich unserer Frage nicht einmal gänzlich von den Gesetzen verlassen sind. Es ist hier der Ort, bezüglich des Inhalts und der Erklärung dieser Stelle, bezüglich ihrer Tragweite und insbesondere ihrer vollen Anwendbarkeit auch bei unserer institutio ex re certa, auf alles dasjenige zu verweisen, was deßfalls oben (S. 258 ff.) hinreichend ausgeführt worden ist.

Dieses uns nochmals vergegenwärtigend, müssen wir denn behaupten, daß das sich gegenseitig bedingende Verhältniß, in welchem die Zuwendungen der res certae zu einander ex voluntate testatoris stehen, verbietet, für Entscheidung der vorliegenden Frage die bloße Consequenz der juristischen Construktion der institutio ex re certa, und somit die allgemeinen Vermächtnißgrundsätze in ihrer Reinheit zur Anwendung zu bringen, dieselben müssen vielmehr folgende Modifikation erhalten: allerdings hat der Eingesetzte dann keinen rechtlichen Anspruch auf die ihm hinterlassene res certa oder deren Werth, wenn dieselbe den Nachlaß überschwert und zugleich kein für ihre aestimatio hinreichender unvertheilter Vermögensrest vorliegt, dafür aber ist nun auch er selbst nicht verpflichtet, den Miterben die in seiner pars hereditaria liegenden Theile der ihnen zugewendeten res certae abzutreten, er behält vielmehr das in seiner detracta re geschaffenen pars hereditaria Enthaltene, es müßte denn sein, daß die Miterben freiwillig ihm soviel leisten wollen, als er judicio defuncti bekommen sollte, was er sich dann, im Interesse möglichster Auf-

rechthaltung der Anordnung des Erblassers, gefallen lassen muß. Allein selbst dieser letztere, in den Willen der Miterben gestellte, Ausweg wird dann unmöglich, wenn das dem Eingesetzten zugewendete Objekt von dem Erblasser so vag angegeben war, daß sein Werth nicht zu ermitteln ist.

Diese Entscheidung muß gelten sowohl dann, wenn der Erblasser Summen zugewiesen hat, ohne die Absicht, damit nur das gegenseitige Verhältniß der Erbquoten ausdrücken zu wollen, als auch dann, wenn auf anderweite Vermögensobjekte eingesetzt ist. Sie muß ferner gelten sowohl dann, wenn gar kein unvertheilter Vermögensrest vorliegt, als auch dann, wenn der etwa vorhandene zur aestimatio des überschwerenden Objektes nicht hinreicht, denn auch in dem letzteren Falle macht sich der Gesichtspunkt geltend, daß der Erbe nur dann zu den res certae der Miterben beizutragen hat, wenn er wirklich soviel bekommt, als er judicio defuncti bekommen sollte; wollen übrigens hier die Miterben die aestimatio leisten, so muß der Erbe, welchem sie geleistet wird, zu derselben natürlich soviel selbst beitragen, als seine rata hereditaria an dem unvertheilten Vermögensreste beträgt.

Dagegen versteht es sich andererseits, daß unsere Entscheidung nur gilt im Verhältnisse desjenigen Erben, welcher seine überschwerende res certa verliert, zu den Miterben, welche von ihm etwas erhalten sollen, während das Verhältniß dieser Miterben unter sich selbst vollkommen unverändert bleibt. Hätte also z. B. der Erblasser, dessen ganzer Nachlaß in dem fundus Cornelianus und dem fundus Libianus besteht, verfügt: A sei mein Erbe auf den fundus Cornelianus, B auf den fundus Libianus, C auf mein Haus, so braucht nur C aus seiner pars hereditaria weder dem A $1/3$ des fundus Cornelianus, noch dem B $1/3$ des fundus Libianus abzutreten, dagegen hat unverändert B das in seiner pars hereditaria liegende $1/3$ des fundus Cornelianus an A, sowie dieser das in seinem Erbtheile liegende $1/3$ des fundus Libianus an B zu prästiren.

§. 15.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

Die vorhergehenden Erörterungen haben uns (§. 13) gezeigt, daß dem heres ex re certa institutus das ihm zugewendete Objekt zwar allerdings durch das Vorhandensein von Erbschaftsschulden sowie durch Pflichttheilsverletzung eines der Miterben, dagegen seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 nicht mehr durch Anwendung der lex Falcidia verkürzt werden kann; sie haben uns weiter (§. 14) gezeigt, daß selbst da, wo eine res certa gar nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse vorhanden ist, der auf dieselbe Instituirte dennoch nicht leer ausgeht, indem hier, soferne die Erbschaft nicht zugleich durch einen dieser Umstände überschwert, sondern noch ein hinreichender unvertheilter Rest des Nachlasses vorräthig ist, dem Erben ein direkter Anspruch auf Leistung der aestimatio oder des etwa vorhandenen Surrogates der ihm zugewendeten res zusteht, und zwar dieß sowohl dann, wenn nach allgemeinen Vermächtnißgrundsätzen eben dasselbe stattfinden, als auch dann, wenn nach letzterer Rücksicht ein Vermächtnißnehmer leer ausgehen würde; indem ferner, wenn jene Umstände zugleich eine Ueberschwerung der Erbschaft enthalten, der Erbe zwar keinen Ersatz der res certa fordern kann, allein dafür auch den Miterben nichts zu ihren res certae beizutragen braucht, vielmehr das in seiner pars hereditaria Enthaltene behalten darf, soferne nicht die Miterben bereit sind, ihm soviel zu ersetzen, als er erkennbarer Weise judicis testatoris erhalten sollte.

C. Andere Grundsätze müssen aber gelten, wenn ein Instituirter durch eigene Schuld den Anspruch auf die ihm zugewendete res certa verliert, oder wenn ihm dieselbe durch spätere Willensänderung des Testators entzogen ist.

1) Was vorerst die eigene Schuld des Erben betrifft, so kann es sein:

a) er verzichtet auf die ihm zugewendete res certa. Während er die ihm deferirte Erbschaft nur vor deren Erwerb

ausschlagen kann, mit welcher Ausschlagung er dann freilich auch den Anspruch auf das von seinem Erbtheil unzertrennliche Prälegat der res certa verliert (s. oben S. 204), ist ein Verzicht auf diese res certa allein, wie bei allen Vermächtnissen [1]), nur dann bindend, wenn er nach dem Anfall derselben, hier also nach dem Erbschaftserwerbe [2]), geschieht. Die Wirkung ist, daß der Erbe nun diejenigen Theile seiner res certa verliert, welche er von den Miterben jure legali zu erhalten hätte, dagegen behält er seinen Erbantheil an dem etwa unvertheilten Reste des Nachlasses, und ebenso denjenigen Theil seiner res certa, welchen er jure heredis hat [3]). Von selbst aber versteht es sich, daß er fortwährend aus seiner pars hereditaria zu den res certae der Miterben beitragen muß; er kann sich dieser Verbindlichkeit nicht durch Verzicht auf die ihm zugedachte Sache entziehen.

b) Durch eigene Schuld wird der Erbe den Anspruch auf die res certa ferner besonders dann verlieren, wenn sich in seiner Person einer derjenigen Indignitätsgründe ereignet, welche den Vermächtnissen eigenthümlich sind. Bereits oben (S. 205 Note 14 und 15) haben wir gesehen, daß er auch im Falle eines den Erbschaften eigenthümlichen, sowie eines für Erbschaften und Vermächtnisse gemeinschaftlichen Indignitätsgrundes die res certa nicht erhält, und zwar dieß darum, weil der heres ex re certa institutus einen Anspruch auf dieselbe überhaupt nur

---

[1]) fr. 45 §. 1 D. de leg. II.

[2]) Es ist freilich möglich, daß er mit der vor dem Erbschaftserwerbe abgegebenen Erklärung: er verzichte auf seine res certa, er schlage dieselbe aus, geradezu seinen Erbtheil, also die ihm deferirte Erbschaft gemeint hat (gerade wie der Erblasser ihm die res certa als Erbtheil zuwendet), dann ist aber auch seine Erklärung wirklich als Ausschlagung der Erbschaft aufzufassen.

[3]) Es sei denn, daß er (wie in fr. 11 D. de her. inst.) mit Andern zusammen auf die res certa instituirt war, wo dann diese als Collegatare nun die ganze res certa erhalten. — Ueber den Verzicht auf Prälegate überhaupt s. v. Buchholtz a. a. O. S. 542 ff.

dann hat, wenn er wirklich Erbe wird und praktisch Erbe bleibt. Bei Eintritt eines der hier gemeinten, den Vermächtnissen eigenthümlichen, Indignitätsgründe dagegen muß er diesen Anspruch darum verlieren, weil die Sache, obwohl sie der Intention des Erblassers zufolge sein Erbtheil sein soll, doch juristisch in der That als ein Vermächtniß erscheint und als solches behandelt wird [4]).

Indessen ist die Wirkung der hier gemeinten Indignitätsfälle verschieden von derjenigen, welche wir für jene beiden anderen Klassen von Indignitätsfällen früher kennen gelernt haben. Während nämlich bei den Letzteren die res certa vollständig und mit dem Erbtheile dem indignus verloren geht, behält er bei den Ersteren denjenigen Theil derselben, welchen er jure heredis inne hat, sowie seinen Erbantheil an dem etwa unvertheilt gebliebenen Reste des Nachlasses [5]), er verliert lediglich diejenigen Theile seiner res certa, welche er von den Miterben zu erhalten hätte, und zwar zum Vortheile der damit Gravirten, ob Aller oder nur Einzelner, hängt von dem speciellen Indignitätsgrunde ab. Hat er nämlich Erbschaftssachen entwendet, so daß er bis zu deren Betrag den Anspruch auf das Prälegat einbüßt, so behalten sämmtliche Miterben verhältnißmäßig zurück [6]); ebenso wenn er das Testament verheimlicht [7]), oder nach der Testamentserrichtung den Ruf des Erblassers beschimpft hat, ohne daß zugleich erhellt, daß aus letzterem Grunde der Erblasser die res certa widerrufen hat [8]), während er, wenn er die Einsetzung eines der Miterben

---

[4]) Bei der in einem Codicille angeordneten divisio bonorum wird ein den Vermächtnissen eigenthümlicher Indignitätsgrund (wenn einer der Erben das Codicill mit Unrecht als verfälscht anficht) ausdrücklich angewendet in fr. 15 D. de his quae ut ind. (34, 9).

[5]) arg. fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[6]) arg. fr. 48 D. ad Sct. Treb. (36, 1) c. 5 C. de leg. (6, 37).

[7]) arg. c. 25 C. de leg. (6, 37).

[8]) arg. fr. 1, fr. 9 §. 1 D. de his, quae ut ind. (34, 9). fr. 31 §. 2 D. de adim. leg. (34, 4).

mit Unrecht als verfälscht ansicht, nur denjenigen Theil seiner res certa verliert, welchen er gerade von diesem Erben erhalten hätte [9]).

2) Eine spätere Willensänderung des Testators kann nicht blos, wie natürlich, darin bestehen, daß derselbe in rechtsgültiger Weise das ganze Testament widerruft oder ein neues Testament errichtet, wo dann die gewöhnlichen Grundsätze gelten, sondern auch darin, daß er, das Testament im Ganzen bestehen lassend, nur einem oder dem anderen der Instituirten die ihm zugedachte res certa entzieht. Ob dieß gültig geschehen darf, und welche Wirkungen es hat, dieß wird sich theils nach der näheren Absicht, welche der Testator damit verbunden, theils nach der Art und Weise, in welcher er seine Absicht ausgedrückt hat, entscheiden.

Es kann nämlich sein, der Erblasser wollte, einer der Instituirten solle gar nicht Erbe werden. Dieß kann er nur in derselben Art bewirken, in welcher überhaupt Widerruf einer einzelnen Erbeseinsetzuug möglich ist; also zwar nicht dadurch, daß er in einem späteren Codicille diesen Widerruf ausspricht [10]), wohl aber dadurch, daß er in dem schriftlich errichteten Testamente die einzelne Erbeseinsetzung auslöscht, durchstreicht u. s. w., wo dann ganz die gewöhnlichen Folgen der inductio einer einzelnen Erbeseinsetzung [11]) eintreten, es werden dem Instituirten die Klagen denegirt, und zwar nicht bloß rücksichtlich dessen, was er von den Miterben jure legati zu seiner res certa zu erhalten hätte, sondern auch rücksichtlich dessen, was ihm von dieser res und dem etwaigen unvertheilten Vermögensreste jure hereditario zugefallen ist.

Wollte dagegen der Erblasser, der Instituirte solle zwar

---

[9]) arg. fr. 4 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

[10]) arg. c. 2 D. de eod. (6, 36).

[11]) fr. 2 D. de his, quae in test. del. (28, 4).

Erbe werden, aber die ihm ursprünglich zugewendete res certa nicht bekommen, so wird sich seine deßfalsige neue Anordnung im allgemeinen nach den Grundsätzen über Ademtion der Vermächtnisse richten. Im Genaueren aber sind hier mehrere Fälle von einander zu unterscheiden.

Zunächst nämlich ist es möglich, einem der Erben ist in einem späteren Codicille zwar die bisherige res certa entzogen, aber eine andere dafür zugewendet. Hier treten die Gesichtspunkte einer translatio legati [12]) ein; neben dem Anspruch auf diese ihm neuerdings zugewendete res certa wird der Erbe dasjenige behalten, was ihm außerdem jure hereditario zufällt, nicht blos von dem etwa unvertheilten Vermögensreste, sondern auch seinen Erbtheil an der ihm früher zugedachten res, soferne diese nicht etwa nun einem anderen Erben zugewiesen worden ist; denn es geht ganz gut, daß der Erblasser in einem späteren Codicille das materielle Bekommen für sämmtliche Erben anders bestimmt [13]).

Es ist aber auch möglich, daß der Erblasser einem Instituirten, welcher Erbe bleiben soll, die ihm anfangs zugewiesene res certa entzieht, ohne ihm dafür eine andere zuzuwenden. Hier ist dann wieder ein doppelter Gesichtspunkt denkbar.

Es kann sein, des Erblassers Absicht geht dahin, dem Erben nicht sowohl diese Sache zu entziehen, als vielmehr ihn von der bisherigen Beschränkung auf dieselbe frei zu machen. Hier würde ein ganz neues juristisches Verhältniß entstehen; nun hätte der Erblasser selbst (was er in einem späteren Codicille, sowie durch nachträglich in dem Testamente vorgenommene inductio rei ganz wohl thun kann) dieser einzelnen Einsetzung die rei

---

12) fr. 6 pr. D. de adim. (34, 4): translatio legati fit quatuor modis — aut quum res pro re datur —.

13) Gerade wie der Erblasser in einem Codicille eine divisio bonorum anordnen kann fr. 15 D. de his, quae ut ind. (34, 9).

mentio detrahirt, der Erbe würde schon ex voluntate testatoris gerufen sein als heres sine parte scriptus, während die übrigen Erben nach wie vor heredes ex re certa scripti bleiben [14]), kurz es würde hiernach der Fall einer Concurrenz von gehörig Eingesetzten und ex re certa Instituirten herbeigeführt, einer der Fälle also, deren rechtliche Behandlung wir in dem folgenden Abschnitte unserer Abhandlung zu erörtern haben. Ganz abgesehen nun von der Art und Weise der juristischen Construktion dieser Fälle, dürfen wir doch einstweilen das als feststehend annehmen, daß hier die ex re certa Instituirten lediglich auf ihre res certae beschränkt sind, alles übrige Vermögen dagegen dem gehörig Eingesetzten zufällt. Dieß müßte denn auch in dem soeben unterstellten Falle eintreten, und sonach würde das Resultat entstehen, daß dieser heres nun meist in eine günstigere Lage versetzt wird, indem alles Unvertheilte ihm allein zufällt, darunter auch seine frühere res certa, eben weil der Erblasser hier ihm dieselbe nicht sowohl entziehen, als vielmehr ihn von der bisherigen Beschränkung auf dieselbe frei machen wollte.

Des Erblassers Absicht kann aber auch dahin gehen, daß im Allgemeinen Alles beim Alten bleiben, und nur überdieß einem der Erben seine res certa entzogen sein solle. Hier würde derselbe nur noch Anspruch auf dasjenige behalten, was ihm an dem unvertheilten Reste des Nachlasses (wozu jetzt auch die ihm früher zugedachte res certa, falls sie noch vorhanden ist, gehört) jure hereditario zufällt, während er aus seiner pars hereditaria nichtsdestoweniger den Miterben zu ihren res certae beitragen müßte, indem hier der in fr. 77 §. 8 D. de leg. II enthaltene Gesichtspunkt, eben wegen veränderter voluntas testatoris, nicht Platz greift.

---

[14]) Es leidet aber auch keinen Anstand, daß der Erblasser sämmtlichen Eingesetzten die rerum mentio detrahiren kann, wo sie dann alle schon ex voluntate testatoris als heredes sine parte scripti gerufen sind.

Liegt nun wirklich bezüglich eines der Instituirten die Erklärung des Erblassers vor, demselben solle die ihm früher zugewendete Sache entzogen sein, so wird im Zweifel die letztgenannte Absicht angenommen werden müssen, eben weil in dem Entziehen eines Objektes im Zweifel gewiß eine Zurücksetzung zu erblicken ist, nicht aber eine Begünstigung, welche doch im Falle jener ersteren Willensänderung (wonach der Erbe nur von der bisherigen Beschränkung auf die Sache befreit sein soll) eintreten würde; letzteres also müßte noch einen besonderen positiven Anhaltspunkt des deßfallsigen Willens fordern. Jene eigentliche Entziehung der Sache dagegen wird nicht nur als eine ausdrückliche ademtio in einem nachträglichen Codicille geschehen können, sondern auch durch spätere inductio rei in dem schriftlichen Testamente, und ebenso wird sie, wie jede ademtio legati, unter gewissen Umständen auch als eine stillschweigends geschehene angenommen werden dürfen, was namentlich dann der Fall sein wird, wenn der Erblasser animo adimendi, insbesondere durch Verschenkung, die Sache veräußert hat [15]), oder wenn zwischen ihm und dem Instituirten ein feindseliges Verhältniß entstanden ist [16]).

D. Zuletzt ist noch das Verhältniß zu besprechen, welches eintritt, wenn der Testator neben Anordnung der institutiones ex re certa zugleich simple Vermächtnisse an Nichterben ausgesetzt hat, ein Fall, welchen Ulpian in dem mehrerwähnten fr. 35 D. de her. inst. bei den anderweiten dort erörterten Punkten, freilich nur beiläufig und kurz, mit behandelt. — Hier gelten denn:

1) zunächst bezüglich der Frage, wer als gravirt mit Prä-

---

[15]) arg. §. 12 J. de leg. (2, 20). fr. 11 §. 12 D. de leg. III. fr. 18, fr. 24 §. 1 D. de adim. (34, 4). Ueber Veräußerung eines prälegirten Objektes durch den Erblasser s. v. Buchholtz a. a. O. S. 607, Note 293 ff.

[16]) arg. fr. 22 D. de adim. (34, 4).

station dieser Legate zu betrachten ist, ganz die allgemeinen Grundsätze. Es haften sämmtliche Erben, wenn der Erblasser entweder ausdrücklich sie alle gravirt, oder die Legate schlechthin ohne Bezeichnung der Gravirten ausgesetzt hat, während wenn er die Vermächtnisse ausdrücklich nur Einem oder nur Einigen auferlegt hat, lediglich diese von ihm bezeichneten Erben haften. Dabei ist nur folgendes hervorzuheben: der Testator braucht die Gravirten nicht ausdrücklich mit Namen zu nennen, sondern hier wie überall genügt eine kenntliche demonstratio derselben; wie nun, wenn er, nachdem er den Titius auf das Vermögen in Italien, den Sempronius auf das Vermögen in der Provinz eingesetzt hat, bestimmt: der Erbe auf das italische Vermögen soll an den Gajus 100 zahlen? Der rein juristischen Construktion unserer institutiones ex re certa zufolge müßte hier Titius und Sempronius das Vermächtniß zahlen, denn Erbe ist jeder der beiden auf das italische Vermögen, d. h. jeder participirt an demselben jure hereditario geradesogut wie an dem Vermögen in der Provinz. Ein anderes Resultat wird aber entstehen, wenn man die voluntas testatoris im Auge behält; der Erblasser meinte mit jener Bestimmung offenbar nur den Titius, er hat ja diesen zum Erben auf das italische Vermögen eingesetzt. So muß es denn auch in der That aufgefaßt werden, denn graviren kann der Erblasser wen er will, seine voluntas also muß hier entscheiden; Titius allein hat demnach in dem vorliegenden Falle das Vermächtniß zu entrichten.

Damit steht denn auch folgende Entscheidung nicht im Widerspruche:

> fr. 4 §. 1 D. de leg. I (Ulpianus lib. 5 ad Sabinum):
> Si quis heredes instituerit et ita legaverit: quisquis mihi Gallicanarum rerum heres erit, damnas esto dare, ab omnibus videri legatum, quoniam ad omnes eos res Gallicanae pertinent.

Nur auf den ersten Blick scheint dieselbe jener ersten obigen

Auffassung günstig zu sein, bei näherer Betrachtung aber zeigt sich sogleich, daß Ulpian hier keine heredes ex re certa instituti, sondern gehörig eingesetzte Miterben vor Augen hat, indem er nur sagt: si quis heredes instituerit; in solchem Falle haben allerdings sämmtliche Erben nicht blos rücksichtlich des Gerufenseins, sondern auch rücksichtlich des Bekommens Antheil an den res Gallicanae; daß Einer der Erben dieselben allein bekommt, kann wohl Folge demnächstiger Erbtheilung nach des Erblassers Tode sein, dieß ändert aber nichts an der Erbenqualität und an der ursprünglichen Belastung mit dem fraglichen Vermächtnisse.

Die Stelle gehört also gar nicht hierher zu unserer institutio ex re certa. Sollte bei dieser der Testator, indem er Vermächtnisse aussetzte, sich wirklich einmal so, wie die Stelle angibt, ausgedrückt haben, so müßten wir immer gerade nur den auf das Gallikanische Vermögen Eingesetzten als den alleinigen Gravirten betrachten, der Erblasser wird hier freilich von quisquis mihi Gall. rer. heres erit nur dann sprechen, wenn er außer dem Instituirten auch noch an andere Personen denkt, welche eventuell an die Stelle des ursprünglichen Eingesetzten treten könnten, besonders also, wenn er dem Letzteren einen Substituten ernannt hat.

Daß übrigens überhaupt an die Stelle des ursprünglich Gravirten, wenn dieser wegfällt, auch hier ganz dieselben Personen als belastet treten, wie dieß nach gewöhnlichen Grundsätzen der Fall ist, versteht sich von selbst.

2) Eine weitere Frage ist: was durch die ausgesetzten Vermächtnisse als gravirt zu betrachten ist? m. a. W., es fragt sich: sind die Legate von den Erben zu präſtiren aus dem Werthe der ihnen durch den Erblasser zugewendeten res certae, oder aber aus dem Werthe ihrer durch juristische Construktion geschaffenen partes hereditariae? Auch hierüber muß vor Allem die Absicht des Testators entscheiden, wobei aber die erstere

Art der Belastung, als den allgemeinen Grundsätzen entgegen, nur dann anzunehmen sein wird, wenn eine deßfallsige voluntas testatoris besonders erhellt, z. B. der Erblasser hat nur einen der Erben gravirt und zwar mit einem Objekte, welches in der gerade diesem Erben zugewendeten res certa enthalten ist (A soll Erbe sein auf mein Haus, B Erbe auf meine zwei Grundstücke, eines davon, oder den Ususfrukt davon, soll er dem C geben), oder er hat ausdrücklich bestimmt, daß die Gravirten nach Maaßgabe des Werthes ihrer res certae zu den Vermächtnissen beitragen sollen. In diesen Fällen sind dann die Legate als Aftervermächtnisse zu betrachten. — Liegt dagegen eine solche voluntas nicht kenntlich vor, so müssen die allgemeinen Grundsätze [17]) gelten, wonach die portio hereditaria des Erben als gravirt anzusehen ist. Diese letztere Art der Belastung setzt nun auch offenbar Ulpian voraus in fr. 35 D. de her. inst., indem er in §. 1 dieser Stelle von der Einsetzung auf den fundus Cornelianus und den fundus Libianus sagt: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio judicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones, und darauf in §. 2 bei der Einsetzung auf die res italicae und res provinciales bemerkt: proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio admittenda erit. Daß hier die Legate nicht als Aftervermächtnisse von den res certae zu entrichten sind, erhellt nämlich theils daraus, daß sie als der lex Falcidia unterworfen vorausgesetzt werden, welche bei Aftervermächtnissen nicht zur Anwendung kommt [18]), theils daraus, daß eine verhältnißmäßige Kürzung rücksichtlich beider, sowohl der simplen Vermächtnisse als auch des an den Miterben zu

[17]) fr. 33 pr. D. de leg. II.

[18]) fr. 47 §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2).

leistenden Prälegats der diesem zugewendeten res certa in Folge der Falcidia eintreten soll, was wieder voraussetzt, daß beide Arten von Vermächtnissen aus ein und derselben Portion zu prästiren sind. Indessen ist nicht zu übersehen, daß Ulpian von legata spricht; meinte er nämlich damit Legate im eigentlichen Sinne (im Gegensatze der Fideikommisse), so mußte er allerdings ganz ohne Rücksicht auf die etwaige voluntas testatoris den Gesichtspunkt zu Grunde legen, daß nicht die res certae, sondern die partes hereditariae der Erben hier als belastet anzusehen seien, denn in dem Rechte seiner Zeit konnten eigentliche legata nur dem direkten Testamentserben [19]), diesem also auch nur als solchem, nicht aber in seiner Eigenschaft als Prälegatar [20]) auferlegt werden; allein es bleibt immerhin ebensogut möglich, daß Ulpian mit dem Ausdrucke legata die Vermächtnisse im Allgemeinen (s. oben S. 151, Note 9) gemeint hat; mag nun das eine oder das andere der Fall gewesen sein, jedenfalls sind wir, auch unabhängig von der angeführten Stelle, vollständig zu der Annahme berechtigt, daß im Zweifel der allgemeine Grundsatz, also Belastung der portio hereditaria, zur Anwendung kommen muß.

In den Fällen nun, in welchen in concreto wirklich die portio hereditaria des Erben als belastet anzusehen ist, entsteht noch, soferne der Testator nicht blos einem, sondern mehreren oder allen Erben die Vermächtnisse auferlegt hat, die weitere Frage, nach welchem Verhältnisse diese Erben als gravirt betrachtet werden müssen? Es hat nämlich zwar keinen Anstand, daß sie pro rata hereditaria dann haften, wenn

---

[19]) Ulp. fr. XXIV, §. 20.

[20]) In allen Stellen, welche Aftervermächtnisse, und insbesondere einem Prälegatar auferlegte Vermächtnisse erwähnen, sind dieselben immer fideicommissa, nie legata. fr. 92 §. 1 D. de leg. I. fr. 17 pr. fr. 60 D. de leg. II. fr. 37 §. 1, fr. 38 §. 6 D. de leg. III. fr. 31 §. 1 D. de adim. (34, 4).

der Testator alle gravirt, aber sie nicht namentlich genannt hat [21]); dagegen in dem Falle, wenn er nur einzelne gravirt, oder alle namentlich genannt hat, wirft sich auch für unsere institutio ex re certa die bekannte Streitfrage auf, ob die Instituirten nach Virilportionen oder nach ihren Erbportionen (partes hereditariae) haften. Im Allgemeinen freilich wird diese Frage bei unserer institutio ex re certa ohne Interesse sein, indem die Eingesetzten in der Regel als Erben aequis ex partibus gelten, und daher die Größen von Virilportionen und Erbportionen in Eins zusammenfallen; indessen werden diese Größen doch da auseinandergehen, wo entweder conjuncti unter den Erben sind, oder die partes hereditariae ausnahmsweise nach dem Werthverhältnisse der res certae construirt werden, besonders also wenn auf ungleiche Summen eingesetzt ist. Hier kommt es denn darauf an, wie man überhaupt über das Verhältniß von fr. 54 §. 3 D. de leg. I und fr. 124 D. eod. zu fr. 17 D. de duob. reis (45, 2) denkt; meiner Ansicht nach haften auch hier die Gravirten im Zweifel pro rata hereditariae [22]).

3) Steht nun im einzelnen Falle fest, wer die Legate zu prästiren hat, aus was, und (soferne mehrere Erben gravirt sind) zu welchem Antheile man dieselben zu prästiren hat, so fragt es sich endlich noch, ob der Gravirte das auf ihn fallende Vermächtniß, beziehungsweise den auf ihn fallenden Theil des Vermächtnisses, ganz prästiren muß? Im Allgemeinen ist die Antwort: er braucht die ihn treffende Auflage nur soweit zu erfüllen, als dieselbe die Grenzen der Honorirung nicht überschreitet. Im Näheren wird es denn hierfür vor allem gerade darauf ankommen, ob in dem Fragefalle die Vermächtnisse nach der Absicht des Erblassers aus dem Werthe der res certa

---

21) arg. fr. 33 pr. D. de leg. II.

22) Es liegt außer unserem Zwecke, diese Ansicht hier auszuführen, besonders da mit derselben nicht anderen Ansichten entgegengetreten werden soll.

des Gravirten, oder aber aus dem Werthe seiner pars hereditaria zu leisten sind.

a) In dem ersteren Falle sind die Grundsätze der Aftervermächtnisse zur Anwendung zu bringen. Das Vermächtniß gilt also einerseits rechtsbeständig nur soweit, als es den Werth der res certa, woraus es zu prästiren ist, nicht übersteigt; mehr braucht der Gravirte selbst dann nicht zu bezahlen, wenn er außer seiner res noch an etwa unvertheiltem Vermögen einen Erbantheil hat. Andererseits dagegen kann der Erbe dem Vermächtnisse nicht die Falcidische Quart abziehen, eben weil er dasselbe hier nicht in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern als Vermächtnißnehmer (Prälegatar) der res certa zahlt, Vermächtnißnehmern aber kein Recht des Quartabzuges zusteht [23]). Indessen ist dieß doch genauer dahin zu bestimmen: nur diejenigen Theile seiner res certa, welche er von den Miterben (also jure legati) erhält, muß er nöthigenfalls vollständig verwenden zur Deckung der Vermächtnisse, dagegen den in seiner pars hereditaria liegenden, ihm also jure heredis zukommenden, Theil seiner res certa braucht er, eben weil er rücksichtlich dieses Theils nicht als Vermächtnißnehmer, sondern als Erbe gilt und gravirt ist, nur soweit abzutreten, als er daneben quartam partem portionis hereditariae frei behält, wobei dann die Quart ganz so zu berechnen und abzuziehen ist, wie dieß in dem folgenden Falle (b) anzugeben ist, dessen Grundsätze überhaupt auch hier (a) rücksichtlich desjenigen Theiles der belasteten res certa zur Anwendung kommen, welchen der Erbe jure heredis inne hat. — Von selbst versteht sich aber, daß, wenn auch nicht jure Falcidiae, doch bis zur Ergänzung des dem Erben etwa zustehenden Pflichttheils das ganze Aftervermächtniß, indem es soweit als gravamen gilt, eine Verkürzung erleidet.

b) Liegt dagegen ein Fall vor, in welchem die Legate aus

---

[23]) S. oben S. 299, Note 18.

dem Werthe der pars hereditaria des Gravirten zu leisten sind, ein Fall also, wie ihn Ulpian in fr. 35 §. 1 und 2 D. de her. inst. voraussetzt, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze über mögliche Kürzung der einem Erben als solchem auferlegten Legate, wobei man nur, wie auch Ulpian in der genannten Stelle thut, im Auge behalten muß, daß hier der Erbe außer den simplen Vermächtnissen auch noch jure legati zu den res certae der Miterben beizutragen hat, und sonach die hierdurch nöthig werdenden Rücksichten konkurriren.

Hiernach braucht der Erbe die Legate, sowie die in seiner pars hereditaria liegenden Vermächtnißantheile der den Miterben zugewiesenen res certae vor Allem nur soweit zu bezahlen, als sie den Werth seiner pars hereditaria nicht übersteigen, denn Niemand kann weiter gravirt werden, als er honorirt ist, dasjenige, was mit Auflagen beschwert ist, ist aber in unserem Falle gerade die pars hereditaria des Erben; was er daneben jure legati von den Miterben zu seiner res certa bekommt, braucht er nicht zur weiteren Deckung der Vermächtnisse zu verwenden. Liegt also eine Ueberschwerung seiner pars hereditaria vor, so verkürzen sich soweit verhältnißmäßig die Vermächtnisse, nicht nur die simplen Legate, sondern auch die Prälegatsantheile der Miterben, wie dieß auch Ulpian in den obigen Worten des fr. 35 D. de her. inst. (s. oben S. 299) voraussetzt, indem er, freilich nur gelegentlich der Falcidia interveniens (um so mehr muß es aber für Ueberschwerung des Gesammtwerths einer pars hereditaria gelten) sagt, die Miterben sollten nur soviel bekommen, als sie erhalten haben würden, wenn ihnen der Testator selbst die res certae als wirkliche Vermächtnisse zugewendet hätte, und indem er weiter bemerkt, auch rücksichtlich ihrer res certae trete eine contributio ein. — Darum dürfen aber die Miterben, weil ihre res certae aus diesem Grunde gekürzt werden, dem Erben doch nun nicht auch ihrerseits dasjenige kürzen, was sie ihm zu seiner res certa beizusteuern haben, soferne nicht auch sie als Gravirte in gleicher

Lage sind; denn das, um was sie hier verkürzt werden, geschieht nicht zum Vortheile des Gravirten, der darum mehr behalten dürfte, sondern lediglich im Interesse der Legatare, welche nicht allein gekürzt werden dürfen, es geschieht also ex voluntate testatoris.

Ist aber eine derartige Ueberschwerung nicht vorhanden, oder ist sie durch die angegebene verhältnißmäßige Kürzung beseitigt, so hat nun der Gravirte doch noch weiter das Recht des Quartabzuges. Dabei macht sich aber zufolge dessen, was oben (S. 241 ff.) über die Anwendbarkeit der Nov. 1. cap. 2 §. 2 auf unsere institutio ex re certa gesagt worden ist, ein Unterschied geltend zwischen Behandlung der simplen Legate einerseits und Behandlung der dem Erben aufliegenden Prälegate der den Miterben zugewendeten res certae andererseits.

Berechnet nämlich wird die Quart allerdings gleich verhältnißmäßig sowohl von den simplen Vermächtnissen, als auch von den Prälegaten an die Miterben, ganz nach gewöhnlichen Grundsätzen. Einrechnen in die Quart muß sich der Gravirte, ebenfalls wieder in Uebereinstimmung mit den allgemeinen deßfallsigen Grundsätzen, nur dasjenige, was er jure heredis erhält, also wohl den Erbantheil an seiner res certa, aber nicht auch diejenige Theile derselben, welche er jure legati von den Miterben erhält, diese bleiben außerhalb der Berechnung den simplen Legatarien, wie den Miterben gegenüber, denn daß sie letzteren gegenüber in Gemäßheit der Grundsätze über compensatio legatorum mutuorum von Wichtigkeit werden, dies geht nur die Möglichkeit des wirklichen Abzugs, nicht aber die bloße Berechnung der Quart an.

Ist die Quart in angegebener Weise berechnet, so wurde sie in dem Rechte vor Nov. 1 cap. 2 §. 2 dieser Berechnung gemäß von beiden Arten der Vermächtnisse auch wirklich abgezogen, wie dieß Ulpian in den mehrerwähnten Worten des fr. 35 §. 1 und 2 D. de her. inst. ausdrücklich angibt, und wobei dann den Miterben gegenüber die Grundsätze über compensatio

legatorum mutuorum in Betracht kommen [24]). Anders seit Nov. 1 cap. 2 §. 2; seitdem geschieht jene Gesammt-Berechnung der Quart nur noch darum, um festzustellen, wieviel der Gravirte den simplen Legatarien zu bezahlen hat, denn den wirklichen Abzug darf er jetzt nicht mehr den Miterben (s. oben S. 241), sondern nur noch den Legatarien machen, diesen aber fortwährend nur zu dem Betrage, welcher nach obiger Berechnung auf sie fällt, ohne daß er ihnen auch noch weiter dasjenige abziehen dürfte, was er den Miterben in Folge jener Novelle nicht abziehen darf.

Ein Beispiel mag die unter b erörterten Grundsätze erläutern: Gesetzt, der Testator instituirt den A auf eine res certa im Werth von 1400, den B auf eine res certa im Werth von 200, weiteres Vermögen hat er nicht, der Nachlaß beläuft sich also im Ganzen auf 1600. Der Erblasser setzt nun noch simple Vermächtnisse an Nichterben im Gesammtwerthe von 1400 aus, und zwar so, daß jeder der beiden Instituirten pro rata hereditaria dieselben zu prästiren hat. — Was hier zunächst den Erben B betrifft, so enthält seine pars hereditaria die Hälfte des Nachlasses, also 800; davon hat er dem Miterben A 700 als die Hälfte der res certa desselben zu zahlen, den Legatarien ebenfalls 700 als die Hälfte ihrer Vermächtnisse, zusammen also 1400. Diese übersteigen aber seine pars hereditaria von 800 um 600, diese 600 fallen daher verhältnißmäßig weg, jedem zu 300, sodaß B nach Beseitigung dieser Ueberschwerung nur 400 an die Miterben und ebensoviel an die Legatarien zu zahlen hat, davon berechnet er sich aber nun noch die Quart; hiernach rechnet er sowohl dem Miterben 100 als auch den Legatarien 100 ab, wodurch er 200

---

[24]) fr. 78 pr. D. de her. inst. (28, 5). Obwohl diese Stelle selbst keine Concurrenz simpler Vermächtnißnehmer voraussetzt (s. darüber bereits oben S. 241, Note 23), findet sie doch, wie natürlich, auch im Falle solcher Concurrenz ihre Anwendung.

als Viertel seiner 800 bekommt; wirklich abziehen darf er aber nur den Legatarien, nicht auch dem Miterben den berechneten Betrag; sonach gibt er an die Miterben volle 400, an die Legatarien 300, er selbst behält 100, sodaß hierdurch zusammen die eine Hälfte der Erbschaft, 800, erschöpft ist. — Was sodann den Erben A betrifft, so beträgt sein Erbtheil ebenfalls 800, davon hat er dem B 100 als die Hälfte des Werths der res certa desselben jure legati zu zahlen, den Legatarien 700 als die Hälfte ihrer Vermächtnisse, zusammen also 800. Dieser Gesammtbetrag überschwert nicht den Werth seines Erbtheils, deßfalsige Reduction kommt also hier nicht vor; wohl aber berechnet auch der Erbe A sich die Quart; diese Berechnung gibt das Resultat, daß er dem Miterben B 25, den Legatarien 175 abziehen dürfte, zusammen 200 als Viertel seiner 800; wirklich abziehen darf er indessen nur den Legatarien die 175, nicht auch dem Miterben die 25, sonach gibt er an den Miterben volle 100, an die Legatarien 525, er selbst behält 175, sodaß hierdurch die andere Hälfte der Erbschaft mit 800 erschöpft ist. — Im Ganzen erhalten daher: der Erbe A 575 (400 jure legati von B, 175 jure heredis von sich selbst); der Erbe B 200 (100 jure legati von A, 100 jure heredis von sich selbst); die Legatarien 825 (525 von A, 300 von B.). Durch diese drei Summen ist der Nachlaß mit 1600 erschöpft.

Nachdem wir in den vorstehenden §§. 12—15 die Einzelngestaltung unserer institutio ex re certa nach ihren Hauptrichtungen kennen gelernt haben, macht es keine Schwierigkeit, in Gemäßheit der aufgestellten Gesichtspunkte auch andere bei dieser Detailbehandlung etwa vorkommende Fragen zu entscheiden. — Hiermit schließen wir daher die Erörterung über die rechtliche Gestaltung des Falles, wenn sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind.

Dritter Abschnitt.

Der Fall, wenn neben einem oder mehreren gehörig Eingesetzten Einer oder Einige auf res certae instituirt sind.

---

§. 16.

Einleitung. Die von der bisherigen Theorie hier benutzten Quellenzeugnisse, vorläufig angegeben. Darstellung der verschiedenen Ansichten über die rechtliche Gestaltung dieses Falles.

Wir betrachten nunmehr den letzten möglichen Fall einer institutio ex re certa. Es kann nämlich sein, der Testator hat mehrere Erben ernannt, aber nur einen oder einige derselben auf res certae, den oder die anderen dagegen in gehöriger Weise (sine parte oder ex certa parte) eingesetzt.

Bei Bearbeitung der beiden vorigen Fälle (Abschnitt 1 und 2) hatten wir den Grundsatz der rechtlichen Behandlung als bereits in der Theorie anerkannt vorgefunden, d. h. es war bereits anerkannt, daß und wie hier der heres ex re certa institutus als Erbe aufrecht erhalten wird, und ebenso war es, wenigstens im Allgemeinen, anerkannt, ob und wie er zugleich auf die ihm zugewiesene res certa beschränkt werde; unsere Aufgabe ging dort besonders dahin, diese Sätze genauer zu begründen und im Einzelnen durchzuführen, was indessen eine Reihe so wichtiger, bisher theils überhaupt nicht gewürdigter, theils unrichtig auf-

gefaßter Punkte dargeboten hat, daß uns sicher nicht der Vorwurf gemacht werden kann, lediglich bereits Anerkanntes nochmals dargestellt zu haben.

Allein viel weiter geht das Neue, womit die Wissenschaft zu fördern ist, in den Fällen des gegenwärtigen Abschnittes; hier handelt es sich vor Allem um Ermittelung des Grundsatzes für ihre rechtliche Behandlung. Als ausgemacht und gewiß finden wir nämlich bei dem gegenwärtigen Standpunkte der Theorie nur Folgendes: auch hier ist die, an sich ungehörige, institutio ex re certa von dem Römischen Rechte nicht als eine völlig ungültige Verfügung verworfen, sie hat Wirkung, und zwar jedenfalls die, daß der so Instituirte neben den gehörig Eingesetzten lediglich auf die ihm zugewendete res certa beschränkt wird. Dagegen war es von jeher und ist bis auf die neueste Zeit äußerst bestritten, in welcher Art diese Wirksamkeit aufzufassen sei: gilt der Eingesetzte, weil er nur die res certa bekommt, als ein bloßer Legatar, oder ist er ein wahrer Erbe? und wenn er wirklich Erbe sein sollte, wie wird bewirkt, daß er doch nur die res erhält? ist er wahrer Erbe auf dieselbe, so daß er sie jure hereditario erhält, oder ist er Erbe und Legatar zugleich? und wenn letzteres, nach welchen Richtungen hin ist er das eine oder das andere, auf welche juristische Construction hin rechtfertigt sich solche Doppelnatur? — Es erhellt, daß diese Fragen den allergrößten praktischen Einfluß auf die ganze Einzelngestaltung des vorliegenden Rechtsverhältnisses ausüben müssen.

Die nächste Ursache der hier herrschenden außerordentlichen Meinungsverschiedenheit liegt in den Quellen; während dieselben für die beiden vorigen Fälle der institutio ex re certa den Grundsatz der rechtlichen Behandlung ausdrücklich und klar vorzeichnen, thun sie dieß nicht mit gleicher Bestimmtheit auch bezüglich des gegenwärtigen Falles; von diesem ausdrücklich sprechen überhaupt nur sehr wenige Stellen, und diejenige, welche man

als die Hauptstelle ansieht, hat die allerverschiedensten Auffassungen erfahren. Die genannte Lage der Quellen erklärt denn auch, wie man bisher fast nur diesen Fall der institutio ex re certa einer besonderen Erörterung gewürdigt, dagegen die beiden anderen Fälle, als klar genug in den Quellen entschieden, meist nur kurz mit Angabe der allgemeinsten Resultate berührt hat. Allein eben schon das Vernachlässigen eines näheren Eingehens auf diese letzteren Fälle trägt mit viele Schuld daran, daß man sich in die Behandlung des gegenwärtig in Betracht kommenden Falles nicht zu finden wußte.

In dem Folgenden werden wir zunächst diejenigen Quellen-Aussprüche vorführen, welche man als hierher gehörig betrachtet hat, vorerst noch ohne nähere Interpretation, bloß um den Leser vorläufig mit ihnen bekannt zu machen; sodann lassen wir eine Darstellung der verschiedenen Meinungen folgen, welche auf diese Stellen hin bezüglich des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses aufgestellt worden sind; hierauf soll unsere eigene, von den bisherigen wesentlich abweichende, Ansicht angegeben und begründet werden.

Als Hauptstelle hat man von jeher folgendes Edict von Justinian angesehen:

c. 13 C. de her. inst. (6. 24). Imp. JUSTINIANUS A. Mennae, P. P. — Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certarum unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum

ex certa re scriptorum fieri. Dat. VIII. Id. April. Constantinop. Decio. V. C. Cons. (529).

In dieser Verordnung wird also dem neben gehörig Eingesetzten auf eine res certa Instituirten nicht nur das Charakteristische der Erbenqualität, die Theilnahme an den actiones hereditariae abgesprochen, es wird auch ausdrücklich als etwas Ausgemachtes angegeben, daß er legatarii loco sei; hiernach scheint er denn in der That nicht als Erbe, sondern als bloßer Vermächtnißnehmer behandelt zu werden.

Mit diesem Resultate möchte dann aber eine andere, viel spätere, Bestimmung Justinian's schwer zu vereinigen sein; indem der Kaiser in Nov. 115 c. 3 und 4 das neue Notherbenrecht zu Gunsten der Descendenten, beziehungsweise Ascendenten des Erblassers einführt, schließt er damit in cap. 5 pr. der gedachten Novelle also:

> Haec vero disposuimus, ut tam parentes quam liberos a testamentorum injuria liberemus. Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus; quod vero illis minus legitima parte relictum est., hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. Una enim est serenitatis nostrae cura, ut injuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollamus.

Daß nämlich unter den heredes certis rebus contenti esse jussi auch die eigentlichen heredes ex re certa instituti mitbegriffen sind, daß ferner hier neben den auf res certae beschränkten Erben das Vorhandensein gehörig Eingesetzter zu denken ist, dieß dürfen wir, wie auch bereits früher bei gelegentlicher Benutzung dieser Stelle (S. 121 a. E. S. 228 ff.) geschehen, einstweilen als gewiß voraussetzen, der Beweis wird später an seinem Orte erbracht werden. — Bedenkt man nun, daß Justi-

nian in Nov. 115 bekanntlich für Ascendenten und Descendenten eine wahre Erbeseinsetzung verlangt, daß ohne diese selbst Zuwendung des allergrößten Vermächtnisses nicht genügen soll, daß er nun aber dennoch eine institutio ex re certa als diesem Notherbenrechte genügend erklärt, so scheint die Ueberzeugung unabweisbar, der heres ex re certa müsse auch neben gehörig Eingesetzten als ein wirklicher Erbe, nicht als ein bloßer Legatar in Betracht kommen.

Außerdem findet sich in dem Codex Gregorianus ein, freilich nicht (wenigstens nicht dem uns hier interessirenden Theile nach) in die Compilation aufgenommenes Rescript von Gordian, welches, wie wir ebenfalls vorläufig als gewiß annehmen wollen, einen Fall der institutio ex re certa neben gehörig Eingesetzten vor Augen hat, und sich dahin ausspricht: der heres ex re certa sei zu behandeln, als wäre er ohne Erwähnung der Sache eingesetzt, in dem jud. fam. erc. aber werde er auf die ihm zugewendete Sache beschränkt; indessen gibt das Rescript dabei nicht weiter an, auf welche juristische Construction hin diese Beschränkung stattfinden solle.

c. 1 Cod. Greg. de fam. erc. et communi div.[1] Imp. GORDIANUS A. Sextio Juvenali: Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine ejus rei commemoratione institutus fuisset, sane officio familiae erciscundae judicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit. Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est. Proinde cum juris

---

[1]) Bei Schulting in der jurispr. vet. antejust. als lib. III, tit. 5, in dem Berliner jus civ. antejust. als lib. III, tit. 4, in dem Bonner corp. jur. rom. antejust. als lib. III, tit. 6.

ignorantiam excusare facile non possis, si major annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras. P. P. XV Kal. Novembr. Arriano et Papo Coss. (243).

Ob die angeführten drei Stellen in der That die einzigen, unseren Fall der institutio ex re certa betreffenden sind, ob sich nicht noch andere finden, welche, wenn auch vielleicht nur indirect, für Aufklärung des Sachverhaltes wichtig werden, mag hier vorerst auf sich beruhen, genug die bisherigen Theorien fußten wesentlich nur auf den genannten Stellen, ja lange Zeit lediglich auf den beiden ersteren, während man jenes Rescript Gordian's erst seit dem vorigen Jahrhunderte mit hereingezogen hat, wahrscheinlich weil es erst durch Schulting allgemeiner bekannt geworden ist.

Indem wir nun diese bisherigen Theorien dem Leser vorführen, sind wir weit entfernt, dieß eine Dogmengeschichte zu nennen; ein wirkliches Dogma hat sich hier weder festgestellt, noch weiter gebildet, alle Theorien erscheinen vielmehr nur als Versuche, den wahren Sachverhalt der rein Römischen Behandlung des Verhältnisses zu ergründen, das Folgende ist daher nur Referat dieser Versuche. Dabei haben wir denn die Wahl, entweder die verschiedenen Ansichten nach den Hauptgruppen, welche sich von dem gegenwärtigen Standpunkte der Theorie aus übersehen lassen, mit Angabe ihrer Gründe systematisch auseinander zu halten, oder aber das allmähliche Auftauchen der Ansichten chronologisch zu verfolgen. Das letztere Verfahren ziehen wir vor, es bietet eine interessantere Einsicht in die Entwicklung, in die oft wunderlichen, sonst in dem Erbrechte nicht leicht erhörten Mittel, mit welchen man sich hier der Wahrheit entgegen zu bewegen gesucht hat. — Eine Kritik der vorzuführenden Ansichten soll, je nach Bedürfniß, theils mit Angabe dieser letzteren, theils demnächst mit Begründung unserer eigenen Meinung verbunden werden.

I. Schon in der Glosse finden sich zwei entgegengesetzte Meinungen:

Nach der einen, und zwar nach der Meinung des Accursius, ist unser heres ex re certa institutus in jeder Beziehung als ein bloßer Legatar anzusehen, Erben sind lediglich die daneben gehörig (sine partibus oder ex certis partibus) Eingesetzten [2]). Diese Ansicht gründet sich auf eine rein äußerliche Auffassung der c. 13 C. de her. inst., vorzüglich darauf, daß Justinian hier von den auf res certae Instituirten ausdrücklich sagt: quos legatariorum loco haberi certum est, dann aber auch auf die Entscheidung, daß dieselben keinen Antheil an den actiones hereditariae haben, was eben nur eine der Folgen ihrer reinen Legatarien-Eigenschaft sein soll [3]). Jedoch mit Rücksicht auf die Bestimmung von Nov. 115 c. 5 pr. fügt Accursius seiner Ansicht die Eine Beschränkung bei: für das Notherbenrecht genüge auch hier eine institutio ex re certa [4]).

In Verbindung mit dieser Ansicht wird eine zweite an einer anderen Stelle der Glosse dahin angegeben: auch hier gelte der

---

[2]) Glossa Accursii ad l. 13 C. de her. inst.; verb.: „scriptorum. — glossa ad l. 29 D. ad Sct. Treb. verb.: „ex certis": quod valet, ut l. 1, §. 4 D. de her. inst., nisi sit alius institutus ex quota, vel etiam simpliciter, quia tunc loco legatarii est, ut l. 13 C. de her. inst.

[3]) So sagt Vivianus in dem casus ad l. 13 C. cit. in Beantwortung der Frage, ob diese heredes ex re certa scripti von den Erbschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden könnten, geradezu: quod non, quia sunt loco legatariorum, non heredum.

[4]) Glossa ad l. 29 D. ad Sct. Treb. verb. „ex certis" fährt nach obigen Worten so fort: nisi quoad excludendam querelam inofficiosi testamenti. — Gloss. ad l. 13 C. cit. verb.: „legatariorum" sagt: Argu. contra supra de inoff. test. auth. novissima. Dort in der auth. novissima ad l. 6 C. de inoff. test. heißt es verb.: „quoquo relicti titulo": imo jure institutionis hodie per aliam auth. ut cum de app. cog. §. aliud quoque capitulum. Sufficit tamen, si ex certis rebus instituentur, ut in eo tit. §. haec autem disposuimus, et sic corrigitur haec. — Bei Nov. 115, cap. 5 pr. selbst verweist die Glosse lediglich auf die genannten gloss. ad auth. noviss. und ad l. 13 C. cit.

heres ex re certa institutus als wahrer Erbe, nur mit Ausnahme der einzigen in c. 13 C. cit. ausdrücklich angegebenen Beziehung, nämlich rücksichtlich seines Ausschlusses von den actiones hereditariae, nur in dieser Einen Beziehung sei es zu verstehen, wenn er legatarii loco genannt werde [5]). Hiernach würde also der Eingesetzte die ihm zugewiesene Sache jure hereditario erhalten, er wäre auch der juristischen Auffassung nach ein wahrer heres ex re certa. Accursius verwirft diese Meinung ausdrücklich, und gibt der ersteren den Vorzug [6]).

Indessen fanden unter den Postglossatoren beide Meinungen ihre Vertheidiger [7]). Bezüglich der ersteren suchte man die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. als ein speciale in filio (wohl für Notherben überhaupt) zu rechtfertigen, indem man als ratio hujus specialitatis das odium querelae und den sog. favor testamenti bezeichnete. Jene zweite Meinung dagegen stützte man vorzüglich durch folgendes Argument: mit Wegfall der gehörig eingesetzten Erben müsse es doch offenbar so gehalten werden, als seien diese nie dagewesen, der h. ex re certa institutus also schon von Anfang an allein instituirt worden, wo er dann nach fr. 1 §. 4 D. de her. inst. (s. oben S. 23) detracta rei mentione als wahrer heres auf das Ganze gerufen werde, dieß aber sei wiederum nicht möglich, wenn er nicht schon von Anfang an auch in Concurrenz mit den gehörig Eingesetzten wahrer Erbe sei; sei er dieß, so erscheine auch Nov. 115 cit. nicht als ein speciale, sondern als eine der ratio juris voll-

---

[5]) Glossa ad l. 35 pr. D. de her. inst.: „ex aequis partibus“: sc. quotis, cum hereditas sit jus, ut supra eodem l. quoties §. heredes. Imo loco legatariorum sunt habendi, ut e. cod., quae est contra. Solu: ibi erat unus ex universo, hic non. Vel dic, quod licet obtineant vicem legatarii quoad actiones, tamen vere sunt heredes. Prima placet.

[6]) S. die Schlußworte der vorigen Note.

[7]) S. darüber Bartolus, ad l. 35 D. de her. inst. und ad l. 13 C. eod. — Sichardus, prael. in Cod. ad l. 13 de her. inst. — Fachineus, controv. lib. 4, cap. 15.

kommen entsprechende Bestimmung, und daraus folge weiter, daß er in allen anderen Beziehungen ebenfalls als wahrer Erbe gelten müsse, soweit nicht eine ausdrückliche Bestimmung etwas anderes sage, dieß geschehe nun aber lediglich bezüglich der act. hereditariae.

Neben diese beiden Ansichten stellte bald Nikolaus Matarellus, welchem besonders Jacobus Buttrigarius folgte, eine dritte [8]) als anderweiten Versuch einer Vereinigung von c. 13 C. cit. und Nov. 115 cap. 5 pr. dahin auf: es sei zu unterscheiden, ob ein filius (Notherbe überhaupt) oder aber ein extraneus neben gehörig Eingesetzten auf eine res certa instituirt sei: der extraneus sei in jeder Beziehung ein bloßer Legatar, auf ihn allein gehe c. 13 cit., der filius dagegen sei in jeder Beziehung wahrer Erbe, auf ihn gehe c. 13 cit. überhaupt nicht, sondern lediglich Nov. 115; die ratio für den filius bestehe aber darin, daß ihm die res certa loco legitimae, d. h. als tertia vel quarta pars seiner Intestatportion, mithin als eine pars hereditatis zugewendet sei, wodurch er in der That ein der Erbenqualität entsprechendes Object, und dieses daher jure hereditario bekomme.

II. In ganz neuer Art faßte Bartolus [9]) die Sache auf. In ihm zuerst erwacht die Ueberzeugung, daß unser heres ex re

---

[8]) Fälschlich halten Sichard und ihm folgend Leyser (in seiner später anzuführenden diss. de herede ex re certa instituto) diese Ansicht für schon in der Glosse angegeben, nämlich als identisch mit der in gloss. ad l. 35 D. de her. inst. verworfenen Meinung. Das richtige Auseinanderhalten der Meinungen findet sich bei Bartolus und Fachineus Note 7 citt.

[9]) Citirt in Note 7 auf Seite 314. — Er erklärt sich: 1) gegen die Unterscheidung des Matarellus: weil, abgesehen von Anderem, der Pflichttheil nicht pars hereditatis, sondern (wie auch richtig, s. oben Seite 230 ff.) pars bonorum, also ebenfalls nur res certa sei; 2) gegen die Ansicht, der heres ex re certa sei in jeder Beziehung legatarii loco: weil demselben mit Wegfall der gehörig Eingesetzten in der That unter Anwendung von fr. 1 §. 4 D. de her. inst. die hereditas accresciren müsse;

certa institutus nicht bloß in einer einzelnen Rücksicht, sondern in einer ganzen Reihe von Beziehungen die Eigenschaft eines wirklichen Erben, ebenso aber auch andererseits in einer ganzen Reihe von Beziehungen die Eigenschaft eines Vermächtnißnehmers haben müsse, so daß es nur darauf ankomme, ein Princip für diese Doppelnatur zu finden. Hierfür stellt nun Bartolus folgenden Satz auf: unser heres ex re certa institutus sei weder ein reiner Erbe, noch ein reiner Vermächtnißnehmer, sondern eine dritte selbstständige Species eines Honorirten, genannt heres ex re certa, oder auch heres singularis [10]), welcher theils nach den Grundsätzen eines Erben, theils nach denen eines Vermächtnißnehmers beurtheilt werden müsse, in Ansehung der res certa nämlich gelte er als Legatar, sonst aber als Erbe; oder, um des Bartolus eigene Worte zu gebrauchen: „Quid ergo dicemus? Respondeo: heres institutus ex re certa non est heres universalis, nec est legatarius, sed est una tertia species per se, quae vocatur heres ex re certa s. singularis, quae partim capit de natura instituti universaliter, partim de natura legatarii; sicut dicimus in grammatica de participio, quod partem nominis, partem verbi recipit; quoad rem talis institutio sapit naturam legatarii, quoad institutionem naturam heredis.“

Hieraus sollen sich denn namentlich nachstehende Folgen ergeben. Als Instituirter zeige der heres ex re certa seine Erbenqualität darin: bei dem Wegfall der gehörig Eingesetzten

---

3) gegen die Ansicht, der heres ex re certa sei im Allgemeinen loco heredis, und nur rücksichtlich seines Ausschlusses von den act. her. legatarii loco: weil nicht erhelle, pro qua parte er heres sei, und weil nach c. 10 C. fam. erc. und fr. 35 D. de her. inst. (beide Stellen sprechen indessen durchaus nicht von unserem Falle) die res certa dem Abzuge der quarta Falcidia unterworfen sei.

10) Im Gegensatze zu diesem heres singularis nennt Bartolus den auf das jus Eingesetzten: heres universalis.

werde er jure accrescendi auf das Ganze gerufen, weshalb schon seine Antretung allein das Testament bei Kräften erhalte; er dürfe die ihm zugewiesene Sache sua auctoritate in Anspruch nehmen, so gut wie der heres universalis die hereditas; er habe, eben weil sein Recht unabhängig von dem Erbschaftsantritte der Miterben sei, das remedium ex lege ult. Cod. de ed. divi Hadr. tollendo; endlich erkläre sich nunmehr einfach, daß und warum nach Nov. 115 cap. 5 pr. durch seine Einsetzung dem Notherbenrechte genügt sei. Dagegen seine Eigenschaft als Legatar zeige sich darin: er transmittire den Anspruch auf die res certa, nicht auch jenes Accr.-Recht, auf seine Erben, er bekomme die res selbst dann, wenn wegen Verstoß gegen Nov. 115 das Testament quoad institutiones zusammenfalle, quoad alia capitula (denn zu diesen gehöre die Zuwendung einer res certa) aber bestehen bleibe; er hafte nicht den Erbschaftsgläubigern, und müsse sich von den gehörig Eingesetzten den Abzug der quarta Falcidia gefallen lassen.

Diese Meinung des Bartolus fand bald eine große Anzahl von Anhängern, so Baldus, Paulus de Castro, Jason, unter den Späteren vertheidigte sie namentlich Sichardus [11]) und ebenso nachher Fachineus [12]). Sie wurde lange Zeit als die communis opinio bezeichnet, und häufig in folgender Art ausgedrückt: respectu rei singularis, in qua quis institutus est, semper habetur pro legatario, respectu autem personae institutae in certa re, habetur illa persona pro herede.

Indessen erhielt sie doch andererseits bei einer Reihe namhafter Juristen der folgenden Zeit durchaus keinen Beifall, was auch in der That nicht zu verwundern ist. Denn obwohl ein Honorirter juristisch recht gut theils die Eigenschaften eines

---

[11]) SICHARDUS, prael. in Cod. ad l. 13 de her. inst.

[12]) FACHINEUS, controv. lib. 4 cap. 15.

Erben, theils die eines Legatars haben kann (man denke nur an den Prälegatar), so leuchtet es doch schon auf den ersten Blick ein, daß, wenn in dem Rechtsverhältnisse unseres heres ex re certa institutus wirklich eine solche Doppelnatur enthalten sein sollte, wenigstens das von Bartolus dafür aufgestellte Princip als ein in dem Gebiete des Römischen Erbrechtes ganz unerhörtes dasteht; es fehlt ihm, abgesehen von dem Mangel eines positiven Beweises, jeder innere Halt, jedes Band juristischer Construction. Sollten daher auch die von Bartolus daraus gezogenen Folgesätze richtig sein, so sind sie dieß gewiß nicht darum, weil sie zufällig unter dieses höchst willkührlich ersonnene Princip passen. In der That aber postulirt er aus seinem Principe die von ihm behaupteten Einzelnsätze (gesetzliche Beweise derselben hat er nur in Bezug auf die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr.), und umgekehrt postulirt er aus den von ihm behaupteten Einzelnsätzen wiederum sein Princip.

III. Diejenigen nun, welche mit dem Principe des Bartolus nicht einverstanden waren, blieben größtentheils zugleich auch von dem Grundgedanken desselben unangeregt, d. h. sie faßten nicht wenigstens die Frage in das Auge, ob nicht unser heres ex re certa institutus wirklich in manchen Beziehungen als Erbe, in anderen als Legatar in Betracht komme, und es dieserhalb nur der Erforschung eines besser construirten Principes bedürfe, sie wendeten sich vielmehr fast sämmtlich der Meinung des Accursius zu, und erklärten den Eingesetzten für einen bloßen Legatar [13]). Diese Meinung empfahl sich ihnen als

---

[13]) Von Schriftstellern bis zu Ende des 17. Jahrhunderts gehören hierher namentlich folgende: H. DONELLUS, comment. jur. civ. lib. VI, cap. XVIII, §. 18 — 22, und in seinem Commentar zu c. 13 C. de her. inst. (in comment. ad quosdam libr. Cod. Frf. 1599 p. 390). A. FABER, error. pragmaticor. Dec. XIV, error 6, Dec. XV, err. 5 — 8. GIPHANIUS ad l. 13 C. de her. inst. (in explanat. diffic. et celebr. leg. Cod. Just.). GALVANUS de usufr. cap. 13. BACHOVIUS ad §. 5 J. de her. inst. WISSENBACH

eine durch c. 13 C. de her. inst. gesetzlich sichere und zugleich juristisch verständige, indem auch nach allgemeinen Grundsätzen als natürlich ja nothwendig erscheine, daß derjenige, welcher nur mit einer res certa bedacht ist, und welchem man auch gesetzlich nur diese res zugewendet sieht, ein Legatar und kein Erbe sei. Das Gewicht dieser Gründe war so imponirend, daß man sich über etwaige sonstige Zweifel an der reinen Legatarien-Eigenschaft unseres Honorirten mit einer Art von gemachter Ueberzeugung leicht hinwegsetzte.

Einzelne Vertheidiger dieser Legatarienqualität suchten dieselbe außerdem noch aus anderen Gründen zu rechtfertigen, sowie gegen mögliche Einwendungen sicher zu stellen. Die hauptsächlichsten Versuche der Art sind folgende.

1) Donellus stellt einen allgemeinen Gesichtspunkt auf, welcher für die Behandlung der drei möglichen Fälle einer institutio ex re certa in dem Testamente eines paganus in der Art maßgebend sein soll, daß sich die Verschiedenheit der Resultate in diesen drei Fällen doch überall ex voluntate testatoris vereinige. Bei Anordnung einer jeden inst. ex re certa nämlich gebe der eigentliche und nächste Wille des Erblassers dahin: der Instituirte solle nichts als die res certa erhalten; ob er dabei Erbe werde oder nicht, sei im Sinne des Erblassers etwas Untergeordnetes. Da sich aber die Beschränkung auf die res juristisch nur im Wege der Vermächtnisse herbeiführen lasse, indem ein heres nicht in res singulas succedire, so müsse, um die Verfügung für alle Fälle vor totaler Ungültigkeit zu retten, weiter und eventuell der höchste Wille des Erblassers dahin

---

ad l. 13 C. de her. inst. VINNIUS ad §. 8 J. de her. inst. PEREZ prael. in Cod. lib. 6, tit. 24, Nr. 13. VOET, comm. ad Pand. lib. 28, tit. 5, Nr. 23. BRUNNEMANN, comm. ad l. 13 C. de her. inst. LAUTERBACH, colleg. theor. pract. ad Dig. lib. 28, tit. 2 u. 5. HUBER, ad Inst. lib. 2, tit. 14, nr. 4 und ad Dig. lib. 28, tit. 5, nr. 8 (in praelect. jur. civ.). AVERANIUS interpr. lib. 4, c. 11, nr. 4. 5. 8.

aufgefaßt werden: „ut quantum, et quatenus in hac institutione jure valere potest, tantum valeat.“ — Nach diesen voluntates und unter Wahrung des Satzes, daß Niemand eine res certa als solche erben könne, gestalte sich dann das Ganze in folgender Weise. a) Sei die Beschränkung auf die res überhaupt nicht möglich, so schwände diese nächste und eigentliche voluntas, dagegen mache sich nun die sola institutio geltend, dieselbe realisire sich jetzt detracta rei mentione. So erkläre es sich, daß der heres ex re certa als einziger Eingesetzter detracta re auf das Ganze gerufen werde. b) Könne man den Instituirten zwar auf die res beschränken, aber dieß nur dadurch, daß man ihn zugleich zur hereditas rufe, dann werde er, unter gleichzeitiger Beachtung jener beiden voluntates, Erbe, erhalte aber nur die res. So werde es gehalten, wenn sämmtliche Erben auf res certae instituirt seien; die Aufrechthaltung des Testaments und somit der Zuwendungen der res fordere nämlich auch hier, daß wenigstens Einer detracta re Erbe werde und antrete, lasse man aber einmal Einen als Erben zu, so müsse man, da Alle in gleicher Lage seien, die Anderen ebenso zulassen; so komme es, daß hier sämmtliche Eingesetzte detractis rebus Erben würden, die res aber von einander als Legate erhielten. c) Könne dagegen die Beschränkung auf die res schon an sich, ohne Beimischung der Berufung zur hereditas, realisirt werden, dann müsse dieß, als dem nächsten Willen des Erblassers gemäß, geschehen. Dieß trete ein, wenn eine institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen angeordnet sei; die gehörig Eingesetzten seien hier schon an sich die wahren Erben, durch ihre Antretung (treten sie nicht an, so komme es wieder zu dem unter a Bemerkten) werde das Testament erhalten, von ihnen könne der ex re Instituirte nun die res erhalten, darum sei er aber hier nichts als ein simpler Legatar.

2) Anton Faber hebt in specieller Richtung gegen Bartolus hauptsächlich Folgendes hervor: Die Distinction des

Bartolus finde sich weder in den Gesetzen, noch sei sie mit der Natur der Sache vereinbar, denn die Eigenschaft der Person werde lediglich durch die Qualität des ihr zugewendeten Objectes bestimmt, Erbe werde man nicht durch institutio, sondern durch Zuweisung der hereditas, Berufung auf eine res certa aber mache zum Legatar; daher gebe es nur einen heres universalis, nicht auch einen heres singularis. Außerdem führe die Meinung des Bartolus auf das Unstatthafte, daß zwei Personen domini in solidum an ein und derselben Sache würden, nämlich der heres ex re certa und der gehörig Eingesetzte, indem der letztere mit der ganzen Erbschaft doch auch die res certa bekomme. Endlich nennten die dürren Worte der c. 13 C. cit. den ex re Instituirten legatarii loco, und selbst dieß sei er nicht ex summo jure, sondern benigna juris interpretatione, ne defuncti voluntas intercidat. — Die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. (welche Donellus ganz übergeht) will Fabe durch die kühne Bemerkung beseitigen, Justinian oder Tribonian habe sich geirrt, er möge sagen was er wolle, das Testament, in welchem ein Notherbe neben gehörig Eingesetzten ex re instituirt sei, bleibe null und nichtig, insofern man die Novelle nicht etwa dahin verstehen wolle, daß Justinian einen Fall gemeint habe, in welchem der Notherbe nicht auf die legitima oder auf eine sonstige res certa, sondern auf eine pars assis instituirt worden, aber die legitima auf irgend einen Titel bekommen solle [14]).

3) Averanius will besonders den Einwand, das von dem Testator hier gebrauchte verbum instituendi und nomen heredis passe nur für einen Erben, nicht auch für einen Legatar, durch Folgendes entfernen: es sei ein allgemeiner Satz, daß, so oft die Natur einer Disposition und der Wille des Disponenten den von ihm gewählten Worten widerstreite, die letzteren weichen

[14]) A. Faber error. pragm. Dec. XIV, error 6 in fine.

müßten („cum concurrunt simul et natura rei et voluntas, his verba cedere necesse est“); dieß besonders dann, wenn die Worte noch eine allgemeinere Bedeutung zuließen, was in der That hier der Fall sei, indem instituere auch von testamentarischer Vormundschaftsbestellung gebraucht werde, und das nomen heredis in den Quellen zuweilen den Legatar mit umfasse [15]. — Indessen läßt sich Averanius (ähnlich wie Accursius) durch Nov. 115 cap. 5 pr. zu der Modification bestimmen: der Instituirte, obwohl überall sonst loco legatarii, sei doch titulo tenus als heres anzuerkennen, und darum genüge seine Einsetzung dem Notherbenrechte („hactenus ut a querela inofficiosi testamenti removeatur“).

4) Eine ganze Reihe möglicher, mitunter aber höchst seltsamer Bedenken, welche scheinbar dafür sprechen sollen, es könne Jemand ex re certa instituirt werden, so daß er Erbe auf diese res werde, erhebt Galvanus, um sie, zum Theil in ebenso seltsamer Weise, zu beseitigen. a) Die Zwölftafelworte: „uti legassit, ita jus esto“ gestatteten doch die freieste Willkühr im Testiren, billigten also gewiß auch den direkten Rechtsbestand einer institutio ex re certa; — allein diese amplissima testandi facultas der zwölf Tafeln sei (fr. 120 D. de verb. sign.) durch spätere Gesetze und insbesondere durch prudentum interpretatio vielfach eingeschränkt worden, und so habe denn auch die media jurisprudentia sicherlich die Einschränkung beigefügt: nisi testator instituerit heredem ex re certa. b) Ulpian sage doch in fr. 35 pr. D. de her. inst. geradezu und ganz allgemein: receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem; — allein damit sei nur gesagt, die Verfügung sei nicht ungültig, die Art und Weise ihrer Gültigkeit bleibe durch diese Worte unberührt. c) Der Instituirte werde doch, besonders

---

[15] Diese Bemerkung von Averanius ist bereits oben S. 32, Note 20 widerlegt worden.

auch in c. 13 C. de her. inst., heres und instituirt genannt; — allein das geschähe nach der Ausdrucksweise des Erblassers, nicht sensu juris. d) Justinian nenne in c. 13 C. cit. den Instituirten nur legatarii loco; wenn er nun weder wirklicher Legatar noch Fideikommissar sei, uud dennoch succedire, so müsse er heres sein; — allein er sei darum nur loco legatarii, weil er, der Anordnung nach instituirt, nur der rechtlichen Behandlung nach als Legatar erscheine. e) Er werde doch in c. 13 C. cit. auf Eine Linie gestellt mit dem ex parte assis Instituirten, welcher jussus est certis rebus esse contentus, dieser aber sei nach Nov. 115 cap. 5 pr. wirklich heres; — allein diese Gleichstellung gelte nur für den einzigen, von Justinian in jener Constitution hervorgehobenen Punkt des Ausschlusses von den actiones hereditariae, im Uebrigen bestehe die große Verschiedenheit, daß der Letztere wirklich Erbe auf die ihm von dem Erblasser zugewiesene pars assis werde, und seine Einsetzung durch Concurrenz der Miterben wegen der beigefügten Beschränkung auf bestimmte Sachen nur den Effekt eines Legates erhalte [16]). —

Unter allen denjenigen, welche unsern heres für einen bloßen Legatar hielten, herrschte übrigens eine große Meinungsverschiedenheit bezüglich der (in den Quellen nicht hervorgehobenen) Frage, wie es sich gestalte, wenn sämmtliche gehörig Eingesetzte wegfallen, ohne die Erbschaft erworben zu haben? Einige [17]) hielten auch für diesen Fall streng an der behaupteten Legatenqualität fest, theils weil die Gesetze, insbesondere auch c. 13 C. cit., für diesen Fall nichts besonderes bestimmen, theils weil jedes civilistische Fundament dafür fehle, daß sich ein anfänglicher Legatar mit Eintritt eines doch bloß faktischen Ereignisses in einen Erben ver-

---

[16]) Auf welche juristische Construktion hin dieß geschehen soll, darüber schweigt Galvanus.

[17]) So A. Faber l. c. Dec. 15 err. 5. Giphanius. l. c.

wandeln könne. Andere dagegen, und zwar die Meisten, ließen mit Wegfall der gehörig Eingesetzten den ex re Instituirten als Erben gelten, detracta re gerufen auf das Ganze; allein dabei wich man wiederum von einander ab, theils in der juristischen Begründung der nun auftauchen sollenden Erbenqualität, theils in Rücksicht auf die Frage, ob diese Verwandlung für alle oder aber nur für gewisse Fälle des Wegfalls der gehörig Eingesetzten anzuerkennen sei. In ersterer Beziehung stützten sich Einige kurzweg auf ein Accrescenzrecht, wobei denn von anderer Seite [18]) die natürliche Rüge unausbleiblich war, daß Accrescenzrecht zwischen Legatarien und Erben nicht bestehe, und einer res certa nicht die hereditas accresciren könne. Bei weitem die Meisten nahmen daher an, mit Wegfall der gehörig Eingesetzten gelte nunmehr der heres ex re certa, gerade wie wenn er von Anfang an allein eingesetzt gewesen wäre, detracta rei mentione als Erbe, und erhalte so nach fr. 1 §. 4 D. de her. inst. das Ganze; dieß entspreche den allgemeinen Grundsätzen, und (im Interesse der Aufrechterhaltung des Testaments) der voluntas testatoris, auch stehe kein Gesetz dagegen, denn c. 13 C. de her. inst. gehe ihrer ganzen Fassung nach offenbar nur auf den Fall des Erwerbs der gehörig Eingesetzten. — Was die zweite der oben angedeuteten streitigen Beziehungen betrifft, so ließen fast sämmtliche Juristen, welche beim Wegfalle der gehörig Eingesetzten den ex re Instituirten als Erben ansahen, dieß für einen jeden Fall dieses Wegfalles gelten, weil überall der rechtliche Grund derselbe sei. Bachovius dagegen unterschied: seien die gehörig Eingesetzten schon bei Lebzeiten des Testators weggefallen, dann allerdings erhalte der heres ex re certa institutus Erbenqualität, seien sie dagegen erst nach des Testators Tod weggefallen, dann verbleibe es bei der ursprünglichen Legatarienqualität des auf die Sache Eingesetzten, er gehe leer aus, das Testament

[18]) z. B. Donellus, Galvanus ll. cc.

werde ungültig; nur in jenem Falle nämlich könne man den heres ex re certa institutus, da er hier schon bei der Delation als der einzige (noch übrige) Eingesetzte dastehe, mit Recht so behandeln, als sei er von Anfang an allein eingesetzt, und auch der Wille des Erblassers, welcher, dann gewiß regelmäßig mit jenem Wegfalle bekannt, das Testament dennoch nicht aufgehoben habe, spreche hier viel eher dafür, daß der ex re Instituirte Alles bekommen solle, als da, wo die gehörig Eingesetzten erst nach des Testators Tode weggefallen seien.

IV. Eine allgemeine Anerkennung konnte indessen die Ansicht, daß unser Eingesetzter ein bloßer Legatar sei, nicht finden; für ihre Begründung war auch offenbar c. 13 C. de her. inst. allzu äußerlich aufgefaßt, die zur Unterstützung anderweit hergeholten Gründe waren, wie ein Blick auf das Bisherige zeigt, meist ganz wunderlich, und die möglichen Gegengründe, besonders die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. allzu ungenügend beseitigt. Fortwährend ging daher die gemeine Meinung dahin, der ex re Instituirte gelte theils als Erbe, theils als Legatar; schwankend aber blieb man vielfach darüber, wieweit er das eine oder das andere sei, namentlich war man nicht mehr allgemein mit dem dieserhalb von Bartolus aufgestellten Principe einverstanden.

In einer eignen Schrift suchte nun Leyser[19]) der gemeinen Meinung einen neuen Haltpunkt zu verschaffen. Er erkannte den ex re Instituirten als „mixtae et amphibiae conditionis“ an, allein dieß nach folgendem, von dem des Bartolus wesentlich abweichenden, Principe: in seinem Verhältnisse den Miterben gegenüber gelte er als Legatar, in jedem anderen Verhält-

---

[19]) Leyser, Dissertatio juridica de herede in re certa instituto ad l. 13 C. de her. inst., Vitemb. 1709, von ihm unter Berger's Vorsitz vertheidigt, und nachher von letzterem in dessen Philocalia fori seu miscellanea juris forensis (p. 49 sqq.) aufgenommen. Später reihte sie Leyser mit der Versicherung, daß sie ganz seine eigene Arbeit sei, mit einigen Abänderungen in seine Meditationes ad Pand. als spec. 361 ein.

nisse, namentlich Dritten gegenüber, gelte er als Erbe, oder wie sich Leyser selbst ausdrückt: „Igitur nostram regulam, ex natura rei et ipsa lege desumtam, duabus regulis breviter et perspicue proponemus: quoties is, qui in re singulari heres scriptus est, coherede alio vel simpliciter vel in parte certa dato, cum isto coherede concurrit, et simul consideratur, toties legatarii tantum juribus frueretur; at quando sine coherede ille solus, et intuitu aliorum extraneorum spectatur, tum vero in omnibus pro herede est habendus."

Nach der ersteren dieser Regeln soll sich der Eingesetzte als in Legatar darstellen in folgenden Rücksichten: er habe kein Accrescenzrecht, solange auch nur noch Einer der gehörig Eingesetzten vorhanden sei; er dürfe die res certa nicht propria auctoritate occupiren, widrigenfalls den Miterben das interdictum quod legatorum zustehe; er müsse sich den Abzug der quarta Falcidia gefallen lassen; er habe gegen die Miterben die gewöhnlichen Rechtsmittel eines Legatars, die rei vindicatio, actio personalis ex testamento, actio hypothecaria; er transmittire den Anspruch auf die res certa, auch wenn er nicht antrete, auf seine Erben; die actiones hereditariae gingen weder aktiv noch passiv auf ihn über, und zwar dieß (im Gegensatze der Glosse ad l. 29 D. ad Sct. Treb.) auch dann nicht, wenn er ein filius des Testators sei. — Nach jener zweiten Regel dagegen zeige sich seine Erbenqualität in folgendem: durch institutio ex re certa werde den Vorschriften des Notherbenrechts der Nov. 115 genügt; beim Wegfall sämmtlicher Miterben erhalte er ein Accrescenzrecht; mit Vermächtnissen beschwert dürfe er denselben die quarta Falcidia abziehen; wenn aus notherbrechtlichen Rücksichten zwar nicht die Legate, wohl aber die Erbeseinsetzungen zusammenfielen, falle auch die institutio ex re certa weg; dritten Nichterben gegenüber habe er in Bezug auf die res die Erbschaftsklagen, könne also dieselbe von Dritten mit der hereditatis petitio abfordern, ebenso habe er utiliter das interdictum

quorum bonorum, des remedium ex lege ult. Cod. de ed. D. Hadr. toll., sowie das interdictum quod legatorum Denjenigen gegenüber, welchen er Vermächtnisse auszubezahlen habe.

Gründe für dieses neu aufgestellte Princip gibt Leyser nicht, weder innere, noch äußerlich durch die Quellen gerechtfertigte, er stellt dasselbe geradehin auf, und sucht es lediglich aus den angegebenen Folgesätzen zu bestätigen und zu erläutern, die aber selbst größtentheils auf schwachen Füßen stehen, zuweilen sogar wieder nur aus dem Principe gefolgert werden. Insbesondere geht er weder auf Interpretation des Inhalts der c. 13 C. cit., noch auf deren etwaiges Verhältniß zum früheren Rechte ein, er bezeichnet vor Aufstellung seines Princips diese Verordnung als ein „singulare und nec nisi semel dictum“, und zwar als eine der 50 decisiones, indem er weiter nur kurz bemerkt: „ipsa quidem legis verba per se clara sunt, ut ulterione non indigeant interpretatione.“

So litt also Leyser's Versuch, die von jeher mehr dunkel gefühlte als juristisch klar bewußte Doppelnatur unsres heres auf ein Princip zurückzuführen und daraus im Einzelnen zu verfolgen, ganz an demselben Fehler der Construktionslosigkeit, wie der von Bartolus desfalls schon längst gemachte Versuch, — man war durch Leyser in der That um nichts weiter gekommen.

Daraus erklärt sich denn auch, daß die gemeine Meinung den ihr von Leyser vermeintlich dargebotenen Haltpunkt im Ganzen wenig berücksichtigte; man schwankte mit der behaupteten Doppelnatur unserer institutio ex re certa fortwährend auf ungewissen Wogen ohne leitenden Pfad umher, während nach wie vor ein großer Theil der Juristen [20]) sich der Ansicht, der ex

[20]) Hieher gehören z. B. BOEHMER, jus Dig. ad lib. 28 tit. 5 Nr. 12. WESTENBERG, princ. jur. sec. ord. Dig. ad l. 28 tit. 5 §. 33. HELLFELD, jurispr. for. lib. 28. tit. 5. §. 1441. HOFACKER, princ. jur. civ. (ed. 2) tom. 2 §. 1295. Höpfner, Commentar §. 494 a. E.

re Instituirte sei ein bloßer Legatar, als einem sichern, und wie es scheint durch Justinian's Verordnung selbst angewiesenen Hafen zuwendete.

§. 17.

Fortsetzung.

V. In anderer und neuer Weise suchte zu Ende des vorigen Jahrhunderts Hennemann [1]) den wahren Sachverhalt festzustellen. Seine Meinung geht dahin: unser heres ex re certa institutus sei nicht bloß, wie Leyser annehme, Dritten gegenüber, sondern ebenso den gehörig Eingesetzten gegenüber und überhaupt in jeder Beziehung wahrer Erbe, nur daß sein Erbtheil lediglich in der ihm zugewiesenen res certa bestehe, und er darum keinen Antheil an den actiones hereditariae habe, während ihm aber die res wirklich als Erbportion, mithin titulo universali zufalle. — Diese Ansicht selbst ist nicht neu, sie ist im Wesentlichen dieselbe, welche schon in der Glosse ad l. 35 pr. D. de her. inst. erwähnt, dort aber von Accursius verworfen wird (s. oben S. 314 Note 5); neu und eigenthümlich dagegen ist die Begründung.

Absehend zunächst von Justinian's const. 13 cit. beruft sich Hennemann a) auf die Rechtsanalogie; eine heredis institutio ex re certa gebe ja auch sonst (ohne Concurrenz gehörig Eingesetzter) Erbrecht, warum nicht auch hier? und was die voluntas testatoris betreffe, so spreche die Vermuthung keineswegs dafür, der Erblasser habe nur den gehörig Eingesetzten als eigentlichen Erben, dagegen den ex re Instituirten als bloßen Legatar gemeint, denn auch Letzteren habe er ausdrücklich als Erben eingesetzt, die Einsetzung aber mache zum Erben.

---

[1]) Untersuchung zweier verwandter Rechtsfragen: 1) ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten als Legatarius anzusehen sei? — vom Postdirektor Hennemann in Schwerin. Schwerin u. Wismar 1790.

b) Sodann stützt er sich für das vorjustinianische Recht auf das oben (S. 311) angeführte, uns in dem Gregorianischen Codex als c. 1 C. Gr. fam. erc. erhaltene, bisher in dem vorliegenden Rechtsverhältnisse ziemlich unberücksichtigt gebliebene Rescript Gordian's, worin es heißt, der ex re Instituirte sei so anzusehen, als wäre er ohne Erwähnung der Sache eingesetzt, allein im judicium fam. erc. solle er nicht mehr erhalten, als er bekommen würde, ac si ex re certa heres institui potuisset. Dieses Rescript habe nun gerade nur einen Fall der Conkurrenz eines heres ex re certa mit gehörig Eingesetzten vor Augen; daß nämlich der Letztere überhaupt noch wenigstens einen Miterben gehabt habe, zeige die Erwähnung des jud. fam. erc., und daß dieser Miterbe nicht ebenfalls als ex re instituirt angenommen werden dürfe, erhelle (abgesehen davon, daß der heres ex re certa im Singular genannt sei) aus der Entscheidung, denn diese habe sonst dahin lauten müssen, daß jeder seine res vorweg nehme, und der Ueberrest der Erbschaft ihnen gemeinschaftlich gehöre. Aus dem Rescripte Gordian's erhelle nun, daß der heres ex re certa institutus Erbe sei, und zwar dieß auch den Miterben gegenüber, das beweise seine Zulassung zum judicium fam. erc.; es erhelle ferner, daß er Erbe auf die res sei, dieselbe also nicht titulo singulari erhalte, denn da er (detracta re als Erbe gerufen) die res mit der ganzen Erbschaft von Anfang an jure heredis habe, so sei nicht einzusehen, wie ihm dieselbe dadurch, daß er im jud. fam. erc. auf sie beschränkt werde, titulo singulari zu gehören anfangen solle; das judicium fam. erc. habe Erbtheilung zum Gegenstande, er bekomme also die res erbvertheilungshalber, mithin als Erbtheil [2]), wie ja jeder Miterbe,

[2]) Mit Rücksicht darauf, daß der ex re Instituirte als Erbe gelte, wie wenn er ohne Beschränkung eingesetzt sei, und die rei mentio nur für die Erbtheilung in Betracht komme, stellt Hennemann außer andern Folgen den, vor ihm noch von Niemanden behaupteten, Satz auf: bei Wegfall auch nur eines oder einiger der gehörig Eingesetzten participire neben den

auch der unbeschränkt eingesetzte, bei vollständiger Erbtheilung seine Erbportion in bestimmten Sachen erhalte.

Justinian's Verordnung (c. 13 C. de her. inst.) erklärt sodann Hennemann in einer ganz neuen Weise. Vor Allem will er den Hauptanstoß, die Worte quos legatariorum loco haberi certum est dadurch entfernen, daß er sie gar nicht auf den heres ex re certa institutus mitbezieht. Im Eingange der Verordnung stelle nämlich der Kaiser zwei in Anordnung wie in rechtlicher Wirkung ganz verschiedene Zuwendungen von res certae zusammen; er nenne:

1) diejenigen Honorirten, qui certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt. Das wären aber solche, welche überhaupt nicht zu Erben eingesetzt, sondern statt der ihnen gebührenden Erbeseinsetzung (so müsse man das pro sua institutione verstehen), auf bestimmte Sachen angewiesen seien. Dabei denke nämlich Justinian an die Notherben, denn diesen habe man vor Nov. 115 den Pflichttheil auch titulo singulari, durch Legat oder Geschenk, hinterlassen können [3]. Die so Honorirten kämen allerdings und natürlich als bloße Legatare in Betracht, und nur sie habe der Kaiser mit den, überdieß gerade hier unmittelbar folgenden, Worten quos — certum est, gemeint.

2) Diejenigen, welche ex re certa scripti sunt heredes. Diese allein seien ex re eingesetzt, daß aber auf sie die Worte quos etc. gar nicht bezogen werden dürften, rechtfertige sich nicht nur grammatisch [4]), sondern auch durch Folgendes:

noch übrigen Unbeschränkten auch der ex re Instituirte an dem jus accrescendi.

[3]) Bereits Mühlenbruch (in Glück Commentar Bd. XL S. 175) bemerkt hiergegen, daß schon nach Pandektenrecht die Söhne förmlich enterbt oder eingesetzt werden mußten, und es nur dann, wenn dieß geschehen war, zur Ausschließung der quer. inoff. test. genügte, ihnen den Pflichttheil mittelst Legats zuzuwenden.

[4]) Besonders müsse man auch, sagt Hennemann, erwägen, daß

Justinian hätte sonst (welche Consequenz doch gewiß weder Leyser noch sonst ein Jurist wolle) den heres ex re certa überall, auch ohne Conkurrenz gehörig Eingesetzter, zum Legatar gestempelt, denn erst nach den Worten quos — certum est heiße es weiter: alii vero ex certa parte vel sine parte u. s. w., sodann enthalte der Ausdruck: certum est offenbar nicht eine neue Sanktion, sondern eine zu den Vordersätzen der Verordnung gehörende Versicherung von etwas schon bisher Geltendem; bisher sei aber, wenn man nur jenes Rescript Gordian's im Auge behalte, gerade die Erbenqualität des ex re Eingesetzten außer Zweifel gewesen, und eben dieselbe setze Justinian für den heres ex re certa noch lange nach c. 13 cit. durch die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. voraus.

Den Zweck der const. 13 cit. setzt Hennemann in Entscheidung einer Streitfrage. Rücksichtlich der beiden (soeben unten 1 und 2 getrennten) Honorirten sei es unter Justinian streitig gewesen, ob ihnen bei Conkurrenz gehörig Eingesetzter ein aktiver und passiver Antheil an den actiones hereditariae beizulegen sei? Für die Bejahung dieser Frage habe sich sagen lassen: der heres ex re certa scriptus sei vermöge seiner Einsetzung wahrer Erbe, derjenige aber, welcher certis rebus pro sua institutione contentus sein solle, erhalte, obwohl nicht instituirt, die Sache doch als ein Surrogat der ihm gebührenden Einsetzung und seines Pflichttheils. Für die Verneinung habe Folgendes gesprochen: Derjenige, welcher

---

man zu Justinian's Zeit noch keine Kommata in heutiger Bedeutung gehabt, sondern was zusammengehörte und zusammen zu lesen gewesen, in einen Versikel geschrieben und den Versikel da habe aufhören lassen, wo zu pausiren gewesen; wahrscheinlich sei also der Anfang des Gesetzes etwa so geschrieben gewesen:

Quoties certi quidam —
ex re certa scripti sunt heredes —
vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est —

certis rebus pro sua institutione contentus sein solle, sei anerkannt bloßer Legatar, und den heres ex re certa institutus betreffend, habe man bei seiner Beschränkung auf eine gewisse Sache den gehörig eingesetzten Miterben nach Billigkeit als einen solchen ansehen können, welchem im Testamente stillschweigend die übrige Erbschaft, und damit die Aktiv- und Passivklagen zugetheilt worden seien. Wenn nun schon der Theilungsrichter einem der Erben die Forderungen und Schulden mit der Wirkung ausschließlich zuweisen könne, daß dieser die Klagen auf das Ganze, theils in eigenem Namen, theils als Prokurator seiner Miterben, anstellen dürfe, und ebenso solche übernehmen müsse (fr. 3 D. fam. erc.)[5]), so dürfe dieselbe Wirkung noch unzweifelhafter da eintreten, wo der Erblasser selbst durch die Erbeseinsetzung stillschweigend erklärt habe, einer der Erben solle die ganze Erbschaft, eine res certa ausgenommen, mithin auch die Aktiv- und Passivklagen erben. In dem dispositiven Theile der c. 13 cit. habe nun Justinian durch die Bestimmung, daß die actiones hereditariae lediglich die gehörig Eingesetzten angehen sollen, den genannten Streit entschieden; dieß zeige der Ausdruck decernimus, ja das Jahr der Verordnung, die Person, an die sie gerichtet, mache glaubhaft, daß sie zu den 50 decisiones gehöre. Dürch diese Entscheidung — das einzige Neue und Dispositive in der Verordnung — sei aber der heres ex re certa institutus keineswegs zu einem Legatar herabgesetzt worden, es verbleibe im Uebrigen ganz bei dem früheren Verhältnisse.

Es ist nun anzuerkennen, daß Hennemann durch das Hereinziehen jenes Gordianischen Rescriptes die Sache sehr gefördert hat. Dagegen unterliegt seine Ansicht selbst und die ihr

[5]) Hiergegen hebt Mühlenbruch a. a. O. Seite 174 Note 13 mit Recht hervor, daß weder der Theilungsrichter noch eine Vereinbarung der Miterben das von Justinian bezüglich der act. her. festgesetzte Verhältniß herbeizuführen im Stande ist, indem (wie aus dem Schlusse des fr. 3 D. fam. erc. erhellt) an eine Zuweisung von Schulden an einen der Erben die Gläubiger keineswegs gebunden sind.

gegebene Begründung den erheblichsten Bedenken. Vor Allem die Behauptung, der Eingesetzte erhalte die res erbvertheilungshalber als wirkliche Erbportion; dieß folgt weder aus der Zuweisung der res durch das jud. fam. erc. (denn dieses jud. hat gelegentlich der eigentlichen Erbtheilung auch die Auseinandersetzung noch anderer Ansprüche unter den Miterben zum Gegenstande), noch ist es mit der juristischen Bedeutung des heres zu vereinigen, denn es entstünde ja hier geradezu das überall sonst von dem Römischen Rechte auf das sorgfältigste vermiedene Resultat, daß der Eingesetzte auch juristisch ein wahrer heres ex re certa wäre; dieß hier anzunehmen, dazu bedürfte es weit bestimmterer Beweise, und sagt nicht Gordian selbst: ac si ex re certa institui potuisset? — Dann aber, Justinian's c. 13 C. de her. inst. anlangend, erscheint zunächst der Versuch, die Worte legatariorum loco (welche überdieß vielleicht unschuldiger und mit Erbenqualität verträglicher sind, als Hennemann ohne weitere Prüfung fürchtet) von denjenigen, qui ex re certa scripti sunt heredes abzulenken, schon auf den ersten Blick nicht wohl haltbar, und daß der Zweck der Verordnung in Entscheidung einer Streitfrage bestanden habe, wird doch in der That nur supponirt, die für Bejahung und Verneinung der behaupteten Streitfrage den Römischen Juristen gleichsam in den Mund gelegten Gründe tergiversiren auch so stark, daß es ganz unglaublich ist, die Römer hätten das Verhältniß, wie dieses auch gewesen sein mag, so willführlich herüber- und hinübergeschoben. Die Stellung der const. 13 cit. zu dem früheren Rechte muß daher wohl eine andere als die von Hennemann behauptete sein.

VI. In dem gegenwärtigen Jahrhunderte sind eigentlich neue Meinungen nicht mehr aufgestellt worden, wohl aber theilt man sich auf außerordentlich verschiedene Weise in die bereits vorhandenen.

1) Zunächst mehrt sich die Zahl Derjenigen, welche diesen heres in jeder Beziehung für einen wahren Erben halten, der

sich nur durch die Singularität auszeichne, daß die ihm zugewiesene res seine Erbportion bilde, wonach er allerdings darin mit einem Legatar verglichen werden könne, daß er nur eine bestimmte Sache bekomme, keineswegs aber auch darin, wie er dieselbe bekomme; er bekomme sie titulo hereditario. In diesem Sinne sprechen sich, wiewohl in der Ausführung verschieden, aus: Volkmann in einer eignen Dissertation (de heredibus e re certa scriptis, praes. Einert, Lips. 1827), Glück, Erläut. der Pand. Bd. XXXIV S. 360 ff.[6]), Mejer in Schweppe's Handb. §. 810 Note 7, und vorübergehend, mehr bloß zur weiteren Anregung andeutend Franke, Recht der Notherben S. 338 f., ebenso ganz neuerdings Sintenis prakt. gem. Civilr. Bd. III S. 417 Note 21. Besondere Verbreitung erhält diese Ansicht durch v. Vangerow (Lehrb. der Pand. Bd. II §. 449, Anm. 2); dieser stimmt zugleich der Art und Weise bei, wie Hennemann die Worte der const. 13 cit. „vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt" versteht, und lediglich auf die so Honorirten die weiteren Worte „quos legatariorum loco haberi certum est" bezieht. Dabei bemerkt er noch, der vollen Strenge nach hätte man zwar sagen müssen, der ex re Instituirte erhalte die res als Prälegat, sei aber im Uebrigen so anzusehen, als wäre er sine parte instituirt; indessen sei dieß dem vermuthlichen Willen des Erblassers wenig entsprechend gewesen, und so scheine man schon frühe diese strenge Ansicht verlassen zu haben. Wenigstens werde schon in jenem Rescripte Gordian's es als etwas Unzweifelhaftes hingestellt, daß ein solcher Erbe nichts als die res certa erhalten dürfe, wobei aber doch die Erbenqualität desselben sehr bestimmt anerkannt werde. Mehr als dieses Rescript sage nun

[6]) Früher, in Bd. IX S. 187 Note 33, hatte sich Glück der Meinung Derjenigen angeschlossen, welche unseren heres für einen reinen Legatar halten.

auch im Wesentlichen Justinian's Verordnung nicht, und gerade dadurch erhalte die von v. Vangerow vertheidigte Ansicht eine Bestätigung, denn sowenig Gordian mit der von ihm bemerkten Beschränkung des heres ex re certa die Erbenqualität desselben unvereinbar fände, so wenig könne dieß bei Justinian der Fall gewesen sein.

2) Die Meinung betreffend, daß unserem Eingesetzten zum Theile die Eigenschaften eines Erben, zum Theile die eines Legatars zukämen, findet zwar allerdings das dafür ursprünglich von Bartolus aufgestellte, sowie das spätere Leyser'sche Princip wenig oder gar keinen Anklang mehr, wohl aber entstehen neue Begründungsversuche dieser Ansicht. Hervorzuheben ist hier Mühlenbruch; nachdem er früher seine Ansicht mehrmals gewechselt hatte [7]), spricht er sich in der Fortsetzung des Glück'schen Commentars Bd. XL S. 169 ff. bei Erläuterung des Pandektentitels de heredibus instituendis dahin aus: Justinian habe in const. 13 cit. einen Streit der römischen Juristen entschieden, seine Entscheidung sei indessen wenig bestimmt; wenn er es als ausgemacht hinstelle, daß der ex re Eingesetzte als Legatar gelte, so möge auf sich beruhen bleiben, ob dieß in der That so festgestanden habe, gewiß aber sei, daß der Kaiser diesen Eingesetzten damit nicht in aller und jeder Beziehung als einen bloßen Legatar bezeichnen wolle, vielmehr sei die Sache wohl so aufzufassen: er sei in ähnlicher Art wie ein Prälegatar Erbe und Vermächtnißnehmer zugleich, nur daß er von den Miterben Alles erhalte, während der wirkliche Prälegatar nur soweit Legatar sei, als er das prälegirte Objekt von seinen

---

[7]) In der Doctr. Pand. Vol. III §. 666 not. 5 erklärte er den heres ex re certa neben gehörig Eingesetzten in allen Beziehungen für einen Legatar, später, in Glück Com. Bd. XXXVI S. 353 Note 93 gibt er (bei der Frage, ob der Notherbe auf ein res certa instituirt werden dürfe) der entgegengesetzten Ansicht den Vorzug, jedoch nur mit der generellen Bemerkung, dieser Eingesetzte höre im Allgemeinen nicht auf, Erbe zu sein.

Miterben erhalte, was indessen keinen wesentlichen Unterschied begründe, da die Erbeseinsetzung an sich bekanntlich unabhängig davon sei, was, wieviel, und ob überhaupt etwas aus dem Vermögen an den Erben komme; — und wenn er gleich seine Sache als Singular-Successor bekomme, so nehme er doch, jenem Rescripte Gordian's zufolge, als Erbe an dem judicium familiae Theil, genau so wie ein wirklicher Prälegatar. Als Folgesätze dieser Auffassung sollen sich außer der Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. ergeben: zum Erwerbe seines Rechtes sei nichts anderes erforderlich als zu dem eines Legates, es bedürfe also namentlich keiner Erbschaftsantretung, um sein Recht zu transmittiren; er hafte nicht für die Schulden, müsse sich den Abzug der Falcidischen Quart gefallen lassen, und ein Accrescenzrecht habe er erst mit Wegfall aller gehörig Eingesetzten, wie er denn überhaupt in Concurrenz mit diesen von allen eigentlich erbschaftlichen Rechten, außer der Theilnahme an dem judicium fam. erc., ausgeschlossen sei [8]).

3) Der Zahl der Schriftsteller nach erscheint immer noch am meisten vertreten die Ansicht, daß der heres ex re certa

---

[8]) Ebenso hat eine gemischte, im Grunde an das Princip des Bartolus erinnernde Ansicht Elvers in dessen Themis, neue Folge, Bd. I S. 225 ff., 234, 277 (Abhandlung über das Notherbenrecht, insbesondere der Tochterkinder). Er sagt: mit Wegfall aller gehörig Eingesetzten succedire der heres ex re certa in die universitas, gewissermaßen hierauf für diesen Fall bedingt instituirt; dagegen neben den gehörig Eingesetzten sei er zwar einerseits successor in singulam rem, und somit (also respectu rei, wie Bartolus sagt) nur als Legatar anzusehen, andererseits aber sei er doch, weil ihm der Testator den Namen heres gegeben, und ihn instituirt habe, ein wahrer heres, als solcher fordere er die res in dem judicium fam. erc. — Gerade darum, und weil die causa institutionis benigne zu beurtheilen sei, habe ein Notherbe wohl schon im älteren Rechte gültig ex re certa neben gehörig Eingesetzten instituirt werden können, Justinian habe daher in dieser Beziehung in Nov. 115 cap. 5 pr. (wo zwar nur von dem heres certis rebus contentus esse jussus die Rede sei, was aber gewiß auch auf den eigentlichen heres ex re certa scriptus gehe) nichts wirklich neues bestimmt.

institutus neben gehörig Eingesetzten in jeder Beziehung als ein reiner Legatar zu betrachten sei, wobei sich fortwährend die alte Meinungsverschiedenheit bezüglich der Frage zeigt, ob derselbe nicht wenigstens bei dem Wegfalle der gehörig Eingesetzten als Erbe auf das Ganze gerufen werde. Unter den Anhängern dieser reinen Legatentheorie ist besonders hervorzuheben Arndts (in Weiske's Rechtslexikon, Bd. III S. 924 s. v. Erbeseinsetzung) und v. Löhr (in v. Linde's Zeitschrift Bd. XIX, Abhdl. N. III) [9]).

Ersterer nämlich geht zugleich näher, als dieß gewöhnlich geschieht, auf das Verhältniß von Justinian's const. 13 cit. zu jenem Rescripte Gordian's ein, in folgender Weise: allem Anscheine nach enthalte const. 13 cit. eine wirkliche Neuerung, denn nach älterem Rechte sei, wie aus Gordian's Rescripte erhelle, unser heres immer ein eigentlicher Erbe gewesen deducta re, nur daß er im judicium fam. erc. habe genöthigt werden können, sich mit der res certa zu begnügen; ipso jure hätten ihm also doch damals pro rata die actiones hereditariae zugestanden, er habe sie nur den Miterben cediren müssen, und ebenso habe er von den Erbschaftsgläubigern belangt werden

---

[9]) Außerdem gehören aus dem gegenwärtigen Jahrhunderte namentlich folgende Schriftsteller hierher: Kind, quaest. for. (ed. 2) tom. II quaest. 61 pag. 260. Hufeland, Lehrb. des Civilr. Bd. II, S. 144. v. Hartitzsch, Erbrecht, §. 83 Note e. Warnkoenig, comm. jur. civ. priv. rom. tom. III lib. 5 c. 2 §. 1003. Thibaut, Pandektenrecht §. 820. v. Wening-Ingenheim gem. Civilr. Bd. III §. 426 a. E. Hunger, Röm. Erbr. S. 254 Note 3. Göschen, Vorles. Buch V, §. 835 S. 153. Mayer, Erbr. Bd. I §. 19 Note 6. Roßhirt, gem. deutsches Civilr. Bd. III S. 588 a. E. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Bd. II S. 610. Burchardi, Syst. u. innere Gesch. des röm. Privatr. §. 331 Note 14. Puchta, Vorles. über das heut. R. R. Bd. II §. 473 Nummer 2. Seuffert, prakt. Pandektenrecht §. 593 Note 19. v. Buchholtz, Prälegate S. 252 Note 39. — Auch in der Praxis zeigt sich die Legatentheorie als anerkannt, Strippelmann, neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel. Theil VI, Heft 1 S. 140 ff. —

können, wobei nur die Miterben seine Vertheidigung zu übernehmen gehabt hätten, ohne daß sie aber (arg. fr. 2 §. 3, fr. 3 D. fam. erc.) im Stande gewesen seien, ihn auf solche Weise direkt von den Ansprüchen der Gläubiger zu befreien. Justinian habe nun in const. 13 cit. verordnet, daß mit Vermeidung aller Umwege schlechthin nur die nicht auf bestimmte Sachen Eingesetzten Theil an den actiones hereditariae haben, d. h. also, daß nur sie allein als Erben in universum jus succediren sollten.

Löhr ist der neueste Schriftsteller, welcher in einer besonderen Abhandlung der reinen Legatentheorie ihr altes Ansehen gegenüber den neueren abweichenden Ansichten zu erhalten gesucht hat. Indem er die von Hennemann behauptete juristische Verschiedenheit der beiden im Eingange von const. 13 cit. genannten Fälle verwirft, indem er ferner auf das Gefährliche der Vangerow'schen Consequenzen der Hennemann'schen Ansicht für den Fall einer überschwerten Erbschaft, auf das Unstatthafte des von Hennemann (s. oben Seite 329 Note 2) behaupteten Accrescenzrechtes, sowie auf das juristisch Unhaltbare der Leyser'schen Doppelnatur des heres ex re certa aufmerksam macht, stützt er sich auf folgendes: es fehle diesen Instituirten gerade das Charakteristische der Erbenqualität, der Uebergang von Forderungen und Schulden, durch successio in rem singulam könne keine Repräsentation begründet werden; die dürren Worte Justinian's: quos legatariorum loco haberi certum est sprächen deutlich für die Legatentheorie, und c. 13 C. cit. sei in der That die einzige, unsren Fall betreffende Stelle, indem jenes Rescript Gordian's weder recipirt noch seinem Falle nach kenntlich sei; die institutio ex re certa überhaupt sei als etwas Ungehöriges angesehen worden, und da selbst in dem Falle, wenn sämmtliche Erben auf res certae instituirt seien, diese res nur als Prälegate behandelt würden, so könnten sie auch hier nur als Legate gelten. — Daß schon im älteren Rechte nach fr.

19 D. de lib. et post. (s. oben S. 50), und in dem Justinianeischen Rechte nach Nov. 115 cap. 5 pr. dem Rechte des Notherben auf Institution auch durch institutio ex re certa Genüge geschehe, sei ohne Bedeutung, da dieß nur aus Rücksicht der Billigkeit geschehe, da es sich ferner hier nur um eine Form handle, und beide Stellen ohnehin ganz unbestimmt seien, d. h. aus ihnen nicht erhelle, ob und in welcher Art daneben noch Andere eingesetzt seien. — Daß der heres ex re certa bei dem Wegfalle der gehörig Eingesetzten zur Erbschaft gerufen werde, beruhe ebenfalls auf keinem sicheren Fundamente, es lasse sich höchstens dadurch rechtfertigen, daß man auf den vermuthlichen Willen des Erblassers (also auf Annahme einer bedingten Institution für diesen Fall), und auf den dem Accrescenzrechte zu Grunde liegenden Satz zurückgehe, wonach dann, wenn ein Erbe wegfalle, Alles so zu behandeln sei, als wäre derselbe schon ursprünglich nicht dagewesen.

Hiernach bietet der gegenwärtige Standpunkt der Theorie drei Hauptgruppen von Ansichten über die rechtliche Gestaltung des neben gehörig Eingesetzten auf eine res certa Instituirten dar. Nach der einen ist er in jeder Beziehung ein bloßer Legatar, jedoch herrscht hier Meinungsverschiedenheit darüber, wie es bei dem Wegfalle der gehörig Eingesetzten zu halten sei; nach der zweiten ist er in jeder Beziehung Erbe, nur ausgezeichnet durch die Singularität, daß nicht eine pars hereditaria, sondern die res certa seine Erbportion bildet; nach der dritten ist das Verhältniß ein gemischtes, er hat in manchen Beziehungen die Eigenschaften eines Erben, in andern die eines Legatars.

Jene erste Meinung scheint sich, als den Grundsätzen über die Natur der Zuwendung einer res singula entsprechend, am meisten zu empfehlen, allein näher betrachtet beweisen die für sie vorgebrachten Gründe doch nur, daß der Instituirte nicht Erbe

auf die res certa sein könne; das völlige Läugnen seiner Erbenqualität ist aber weder mit c. 13 C. de her. inst. selbst (wie konnte ihm noch ein besonderes Edikt die Theilnahme an den act. hereditariae absprechen, wenn er bereits vorher anerkanntermaßen als bloßer Legatar galt!), noch mit anderen Stellen, besonders mit Nov. 115 cap. 5 pr. in Einklang zu bringen; und auch das Verhältniß nach allgemeinen Grundsätzen betrachtet, erhebt sich das Bedenken, ob es denn so ohne weiteres thunlich ist, einen Eingesetzten, weil er (wie diese Meinung annimmt) überhaupt nicht Erbe sein kann, wenigstens als einen Legatar anzuerkennen, um nur ja die an ihn gemachte Zuwendung zu retten. — Die zweite Ansicht statuirt nicht sowohl eine Singularität, als vielmehr eine ganz unglaubhafte Abnormität. — Für die Wahrheit der dritten Ansicht endlich lebt wohl in den Meisten ein stiller Glaube, allein alle bisherigen Versuche, dieselbe rechtlich zu fundiren, leiden an dem Mangel einer jeden mit den Principien des Erbrechts harmonirenden Construktion.

So zeigt sich denn überall ein Resultat, losgerissen von aller Verwandtschaft mit der Behandlung der beiden andern (in den früheren Abschnitten betrachteten) Fälle der institutio ex re certa, losgerissen von allen erbrechtlichen Principien, einem isolirten Punkte vergleichbar, auf welchem wir eine ganz andere juristische Vegetation, als die sonst auf dem Boden des römischen Erbrechts heimische, erblicken.

Und dennoch ist die Lösung des Verhältnisses einfach; ja in keinem andern Falle, als gerade da, wo neben dem ex re Instituirten gehörig Eingesetzte vorhanden sind, bieten die anerkanntesten Principien des Erbrechts so vollständig die Hand zur Realisirung des Ideals der Behandlung einer institutio ex re certa, welches lautet: der Eingesetzte soll Erbe sein, bekommen aber soll er nur die Sache.

§. 18.

Die Ansicht des Verfassers.

Vorläufige Angabe derselben. Plan der folgenden Ausführung.

Indem wir sofort zur Lösung übergehen, fassen wir unsere Ansicht in Folgendes zusammen.

Auch die neben gehörigen Einsetzungen angeordnete institutio ex re certa ist eine an sich ungehörige, und darum eigentlich ungültige Verfügung, allein es wird die in ihr ausgesprochene voluntas testatoris möglichst aufrechterhalten, und zwar dieß ganz mit Anschluß an die Behandlung, welche wir für die beiden vorigen Fälle der institutio ex re certa (Abschnitt 1 und 2) als maaßgebend gefunden haben.

Vor Allem wird, als das wichtigste, die Erbenqualität gerettet, durch Detrahiren der rei mentio wie bei jeder institutio ex re certa; nunmehr erscheint der Instituirte als ein heres sine parte scriptus, gerufen auf eine pars hereditaria, diese ist seine Erbportion. Zugleich wird aber auch die seiner Einsetzung beigefügte Beschränkung auf die res certa aufrecht erhalten, die rei mentio bleibt für den Effekt des Bekommens beachtet, indem in ihr verba fideicommissaria doppelten Inhalts angenommen werden: der Instituirte hat die ihm detracta re künstlich geschaffene pars hereditaria als ein Universal-Fideikommiß an die gehörig Eingesetzten zu restituiren, er selbst aber erhält die res certa als Vermächtniß.

Diese Restitution der detracta re geschaffenen pars hereditaria muß nun eigentlich in Wirklichkeit vorgenommen werden. Ist dieß geschehen, dann bleibt der heres ex re certa zwar Erbe, allein das Vermögen anlangend tritt er, in keiner Weise mehr praktisch als Erbe behandelt, aus dem ganzen Verhältnisse wie ein Vermächtnißnehmer (legatarii loco) hervor; solange dagegen jene Restitution noch nicht erfolgt ist, hat er,

wie jeder Fiduciar vor restituirter Erbschaft, aktiven und passiven Antheil an den actiones hereditariae, nach Verhältniß seiner pars hereditaria. So war es in der That bis Justinian.

Dieser bestimmt aber in c. 13 C. de her. inst. das allerdings neue und singuläre, aber durchaus nicht anomale, daß, da neben gehörig Eingesetzten der heres ex re certa institutus im Effekte des Bekommens doch einmal nur legatarii loco ist, die actiones hereditariae von vornherein nur die Ersteren angehen sollen. Hierdurch fällt eine wirkliche Vornahme der Restitution jenes Universal-Fideikommisses weg, es ist so anzusehen, als sei schon von vornherein kraft Gesetzes die Restitution geschehen.

Im Uebrigen hat Justinian an dem früheren Rechte nichts geändert, es verbleibt noch im neuesten Rechte bei der oben angegebenen Construktion.

Die Wahrheit der soeben aufgestellten Behauptungen ist jetzt zu beweisen. Für diesen Zweck soll folgender Gang einer genaueren Untersuchung gewählt werden.

Vorerst betrachten wir die grundsätzliche Gestaltung des Verhältnisses abgesehen von Justinian's c. 13 C. cit., nicht etwa wie sie vor dieser Constitution galt, denn auch auf spätere Quellenzeugnisse, wie namentlich auf Nov. 115 cap. 5 pr. ist dabei Rücksicht zu nehmen, wir behandlen vielmehr die Sache zunächst so, als existirte diese Constitution gar nicht; dann erst gehen wir in einer abgesonderten Erörterung auf die Interpretation von Justinian's c. 13 C. cit. über, ermitteln, was sie bestimmt, und wie sie sich zu dem früheren Rechte verhält. Der erste Fehler nämlich, welcher die richtige Einsicht in das ganze Verhältniß bisher immer getrübt hat, besteht unsres Ermessens gerade darin, daß man die soeben hervorgehobene Scheidung unterlassen, und meist an die Spitze der Untersuchung diese Verordnung gestellt hat, als ließe sich aus ihr Alles er-

klären. Sie betrifft aber denn doch in ihrem dispositiven Theile nur einen einzigen Punkt (die actiones hereditariae), wie vermag derselbe einen Aufschluß über das Gesammtverhältniß zu geben? und wenn sie in ihrem einleitenden Theile unseren heres dahin charakterisirt, er sei anerkannterweise legatarii loco, so läßt sich der Sinn auch dieser Aeußerung nicht wohl lediglich aus der Verordnung selbst ermitteln.

Für die Gestaltung der institutio ex re certa abgesehen von Justinian's c. 13 cit. haben wir wiederum zwei Hauptmomente zu trennen: die Aufrechterhaltung der Erbenqualität, und die Beschränkung auf die res certa. — Es ist ein weiterer Fehler der seitherigen Auffassungen, daß man hier den heres ex re certa, die institutio ex re certa, weil im Sinne des Erblassers der Ausdruck eines einzigen Gedankens, meist auch der rechtlichen Behandlung nach als etwas unzertrennliches angesehen hat; gerade hierdurch entstanden mitunter so völlig construktionslose Resultate, indem man häufig glaubte, für die Gestaltung des ganzen Verhältnisses mit einem einzigen Gesichtspunkte auszureichen, während doch die Realisirung eines jeden der beiden genannten Momente einer besonderen Construktion bedarf, wie wir ganz dasselbe bereits in den Fällen des ersten und zweiten Abschnittes erfahren haben.

Zuletzt, nach Darlegung der grundsätzlichen Auffassung (sowohl des Rechts vor Justinian, als der durch diesen Kaiser herbeigeführten Neuerung), ist in einer Reihe von Folgesätzen zu zeigen, wie sich auf den gewonnenen Grundsatz hin das Verhältniß nach seinen Hauptrichtungen im Einzelnen zu gestalten hat.

§. 19.

I. Der Grundsatz. A. Das Recht abgesehen von Justinian's c. 13 C. de her. inst.

1) Aufrechterhaltung der Erbenqualität.

Zwei Punkte sind hier gesondert darzuthun: daß der neben gehörig Eingesetzten ex re certa Instituirte wirklich als Erbe gilt, und wie er als Erbe gilt.

I. Daß er als Erbe gilt, erweist sich

1) auch abgesehen von jedem positiven Zeugnisse schon daraus, daß wir in den übrigen Fällen der institutio ex re certa (Abschnitt 1 und 2) gerade die Aufrechterhaltung der Erbenqualität als das wichtigste, als den Schwerpunkt der ganzen Behandlung dieser Verfügungen kennen gelernt haben. Derselbe Gesichtspunkt muß auch hier maaßgebend sein. Denn auch in dem gegenwärtigen Falle setzen wir natürlich eine solche Verfügung voraus, bei welcher die Absicht des Erblassers unzweifelhaft auf Erbeseinsetzung, nicht auf Zuwendung eines bloßen Vermächtnisses gerichtet war.

Frei machen müssen wir uns daher vor Allem von der, allerdings dem heutigen Leben mehr zusagenden Anschauung, als gehe der hauptsächliche Wille des Erblassers auf Zuwendung der res certa, als habe er mithin die Verfügung im Grunde doch nur als ein Vermächtniß gemeint, oder als sei dieselbe, wenn auch als Erbeseinsetzung gemeint, doch juristisch als bloßes Vermächtniß zu behandlen, um nur ja zu bewirken, daß der Honorirte die res, und nur die res bekomme. Wir müssen uns vielmehr auf den römischen Standpunkt erheben, und den hohen Werth vor Augen behalten, welchen das römische Leben und Recht ganz abgesehen von materiellem Bekommen auf die Bedeutung des heres, und der heredis institutio legt.

Im Geiste dieser Anschauung konnte das römische Recht, nachdem es einmal entschlossen war, die Verfügung von ihrer eigentlichen Ungültigkeit zu retten, über die Art ihrer Aufrecht-

erhaltung nicht zweifelhaft sein; als Erbeseinsetzung mußte sie aufrecht erhalten werden, denn einen heres hatte der Testator gemeint, nicht einen Legatar. Behandeln der Verfügung als bloßes Vermächtniß — selbst wenn dieß juristisch construirbar gewesen wäre — hätte dem vergleichsweise Untergeordneten das Wesentliche zum Opfer gebracht, man hätte mit bloßem materiellen Vortheile da abgefunden, wo von dem Erblasser zugleich hohe Ehre gemeint war [1]). — Wir verweisen in dieser Beziehung ausdrücklich auf das deßfalls bereits früher (Seite 25 — 35) Ausgeführte; die Tragweite jener Ausführung erstreckt sich auf den obersten Gesichtspunkt in Behandlung eines jeden Falles der institutio ex re certa.

2) Das bis jetzt aus der voluntas testatoris und aus der hohen Bedeutung der heredis institutio Gefolgerte stimmt denn auch mit den Quellen auf das Vollständigste überein.

In dem Rechte abgesehen von Justinian's const. 13 Cod. de her. inst. findet sich keine einzige Stelle, welche auch nur im Entferntesten darauf hinweist, daß der heres ex re certa institutus dann, wenn Andere neben ihm in gehöriger Weise eingesetzt sind, ein bloßer Legatar sei, vielmehr wird in allen hierher gehörigen Stellen die Erbeneigenschaft desselben theils ausdrücklich ausgesprochen, theils als etwas Anerkanntes vorausgesetzt.

---

[1]) Wenn man das Hauptgewicht auf das materielle Bekommen legt, dann allerdings scheint sich jene obige (Seite 319 ff.) Deduction des Donellus zu empfehlen, allein dieselbe leidet an zwei wesentlichen Fehlern: 1) sie entbehrt aller römischen Anschauung, indem sie die hohe Bedeutung der heredis institutio gänzlich ignorirt; 2) sie hält es für geradehin thunlich, eine Erbeseinsetzung, wenn sie als solche nicht bestehen kann, wenigstens als bloßes Vermächtniß zu retten. Dieß ist aber denn doch so ohne weiteres selbst nach der allerfreiesten Fideicommißtheorie so wenig statthaft, als ein ganzes Testament, wenn es als solches nicht gelten kann, ohne Hinzutreten besonderer Gründe wenigstens als Codicill aufrecht erhalten werden darf. — Beide Bemerkungen stehen von vornherein überhaupt der Ansicht entgegen, welche unseren Eingesetzten für einen bloßen Legatar erklärt.

Zunächst sind nicht ohne Bedeutung einige, schon früher in anderen Rücksichten erörterte Stellen, welche, wie wir zugeben, nicht gerade speciell und ausschließlich unseren Fall, sodann mehr oder weniger die institutio ex re certa überhaupt vor Augen haben, aber eben darum ohne Zweifel auch auf den gegenwärtigen Fall derselben mit zu beziehen sind.

Hierher gehört:

a) die Aeußerung Ulpian's in fr. 35 pr. D. de her. inst.: „dicebam receptum esse, rerum heredem institui posse." Bereits oben (S. 58 — 63) haben wir dargethan, daß diese Worte allerdings nicht, wie Manche wollen, ausschließlich gerade auf den Fall, wenn neben dem heres ex re certa Andere gehörig eingesetzt sind, sondern jedenfalls auf den der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae bezogen werden müssen. Hier aber ist die weitere Behauptung hinzuzufügen, daß es durchaus keinen Anstand hat, sie zugleich auf den ersteren Fall mit zu beziehen, es war sicherlich Ulpian's Absicht, mit jener Aeußerung eine allgemeine Characteristik der Behandlung einer institutio ex re certa zu geben, wenigstens für die Fälle, in welchen der heres ex re certa Miterben hat. Dieß beweist die allgemeine Fassung jener Worte; hätte, wenigstens zu Ulpian's Zeit, der neben gehörig Eingesetzten auf eine res certa Instituirte nicht als heres, sondern als bloßer Legatar gegolten, so würde für diesen Juristen die Veranlassung sehr nahe gelegen haben, dieß ausdrücklich zu erwähnen, mindestens wäre seine ganz allgemein gehaltene Ausdrucksweise höchst auffallend. — Daß übrigens mit den Worten „rerum heredem institui posse" die Aufrechterhaltung der Verfügung als wahrer Erbeseinsetzung gemeint ist, erhellt aus dem ganzen Inhalte des fr. 35 cit.

b) Ferner gehört hierher eine ebenfalls bereits früher (S. 50—53), und zwar dort bezüglich der exheredatio rei certae erörterte Stelle, betreffend die gehörige Exheredation oder Institution der sui heredes: fr. 19 D. de lib. et post. (28. 2).

Der Vater hatte seine filia als heres ex asse instituirt, dem filius in potestate aber decem legirt mit dem Zusatze: in cetera parte exheres mihi esto; diese Exheredationsweise wird von Scävola für ungültig erklärt, dabei aber heißt es: aliam causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae. — Eine institutio ex re certa wird also für das Recht des filius als genügend erklärt. Daß dieß auch für den Fall gesagt ist, wenn neben ihm ein Anderer gehörig eingesetzt ist, wird um so zweifelloser, da ja gerade ein solcher Fall für die exheredatio in Frage stand, da wir also die Worte aliam causam u. s. w. sehr wohl dahin verstehen können: das aber geht an, die filia als heres ex asse und den filius in potestate daneben ex re certa zu instituiren. Indessen selbst zugegeben, daß jene Aeußerung ganz allgemein dahin zu verstehen sei, eine institutio ex re certa genüge für den filius, so muß dieselbe eben darum auch für den gegenwärtigen Fall gelten.

Man hat nun wohl eingewendet, der Umstand, daß für das Recht des filius eine institutio ex re certa, selbst neben gehörigen Einsetzungen Anderer, genüge, geschehe (wie es ja auch ausdrücklich heiße: quae benigne acciperetur) aus bloßer Billigkeit, namentlich da es sich nur um eine Form handele. — Allein diese Bemerkung hält eine ernstliche Prüfung nicht aus. Das alte Civilrecht fordert für den filius suus eine wirkliche Erbeseinsetzung, ein Legat soll nicht genügen; mithin kann eine institutio ex re certa nur dann zureichen, wenn sie als Erbeseinsetzung rechtlich bestehen kann; besteht sie als solche überhaupt nicht, auch nicht bei dem so eingesetzten extraneus, dann darf sie unmöglich wenigstens bei dem suus aus Billigkeit tolerirt werden; gerade wenn es sich hier nur um eine Form handeln sollte, ist um so mehr eine strenge Behandlung am Orte. Der Erbeseinsetzung des suus schadet wohl mancher Zusatz, welcher bei Einsetzung eines extraneus tadellos ist (z. B. in der Regel eine beigefügte

Suspensivbedingung, wo doch Billigkeit nichts mildert!), dagegen eine für extranei ungehörige Einsetzung schadet rücksichtlich des suus nur da nicht, wo sie auch bei extraneis trotz des vitium nicht schadet, wie beigefügte Resolutiv-Bedingung oder Zeitbestimmung [2]); so ist es auch mit der institutio ex re certa. Daß diese benigne accipitur, ist nicht so zu verstehen, als ob eine Verfügung, welche in Concurrenz mit gehörigen Einsetzungen den honorirten extraneus zu einem reinen Legatar mache, dennoch dem Rechte des filius auf Institution aus Billigkeit genüge, sondern ist zu verstehen von dem Gegensatze der, dann aber gleichviel ob für einen suus oder für einen extraneus angeordneten, institutio ex re certa zur exheredatio rei certae; der Grund des benigne accipere ist ein allgemeiner, von dem Notherbenrechte unabhängiger, er liegt in der hohen Bedeutung der heredis institutio überhaupt.

c) In Nov. 107, und zwar in cap. 1, bestimmt Justinian bei Einführung des (mit Recht so genannten) Testaments der Eltern unter Kindern, in welcher Art die auf unciae gerichteten Einsetzungen der Kinder niederzuschreiben sind, und fügt bei: si vero etiam rerum divisionem facere, vel quibusdam rebus certis omnes **vel aliquas** institutiones concludere velit, illarum quoque notas adscribat u. s. w. Wir haben diese Stelle schon oben (S. 195) bei Vergleichung der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae mit der divisio bonorum kennen gelernt, und dort gesehen, daß Julian dieselbe mit den Worten wiedergibt: sed et si res aliquas liberis suis relinquere velit, aut ex rebus certis quosdam de liberis heredes instituere maluerit, wonach also die im Drucke hervorgehobenen Worte ganz unzweifelhaft auf wahre institutiones ex re certa gehen. Nun soll uns zwar der bloße Umstand, daß Justinian die inst. ex re certa

---

[2]) Franke, Recht der Notherben, S. 45.

sämmtlicher und die nur einiger Kinder in jenen Worten nebeneinander nennt, nicht schon zu der Behauptung führen, es seien darum beide Fälle hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Erbenqualität nach ein und demselben Grundsatze zu behandeln; indessen bleibt doch immer bemerkenswerth, wie der Kaiser die institutio ex re certa wohl bei der in cap. 1 angegebenen Verfügung, einem Testamente, nicht aber auch wieder in cap. 3 erwähnt, wo er sagt: wenn aber die Eltern eine bloße rerum divisio vornehmen wollten, so genüge dazu fortwährend die dafür schon früher (in Nov. 18 cap. 7) angegebene Form. Daß er hier nicht ebenfalls von Zulässigkeit der Anordnung einer institutio ex re certa wenigstens einiger Kinder (während die andern als Intestaterben vorausgesetzt würden) spricht, geschieht offenbar darum, weil er als etwas Unzweifelhaftes voraussetzt, daß eine solche institutio ex re certa nur in einem Testamente möglich sei, dieß aber eben wieder darum, weil eine jede institutio ex re certa den Instituirten zum wirklichen Erben macht. —

Wollte man aber den bis jetzt angeführten Stellen kein großes Gewicht beilegen, weil dieselben etwa nicht speciell und ausdrücklich gerade den Fall hervorheben, wenn neben dem heres ex re certa institutus gehörig Eingesetzte vorhanden sind, so muß doch aller Zweifel schwinden, da wir in der That Stellen haben, welche ausschließlich von diesem Falle sprechen.

a) Vor allem gehört hierher Nov. 115 cap. 5 pr. In cap. 3 und 4 dieser Novelle verordnet bekanntlich Justinian, daß, sofern nicht ein in diesem Gesetze ausdrücklich angegebener Ausschließungsgrund vorliegt, und derselbe in dem Testamente namentlich angegeben ist, Ascendenten ihre Descendenten, und ebenso Descendenten ihre Ascendenten, falls sie ein Testament errichten, nicht präteriren oder beziehungsweise exherediren dürfen, sie müssen dieselben nothwendig zu Erben einsetzen, widrigenfalls die in dem Testamente angeordneten Erbesein-

setzungen zusammenfallen. — Darauf bestimmt aber der Kaiser in cap. 5 pr. weiter:

> Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus; quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur.

Daß man unter denjenigen, welche heredes genannt sind, aber mit bestimmten Sachen zufrieden sein sollen, namentlich auch die eigentlichen heredes ex certis rebus instituti verstehen muß, folgt schon aus natürlicher Betrachtung, denn es ist offenbar ein und dasselbe, ob der Testator sagt: „A sei mein Erbe, er soll sich aber begnügen mit dem fundus Cornelianus," oder ob er in Einem Satze sagt: „A sei mein Erbe auf den fundus Cornelianus," überdieß aber gibt Julian (Epitom. Novell. const. CVII Nr. 5 fin.) jene Worte der Novelle geradezu also wieder: si qui autem heredes scripti ex certis rebus jussi fuerint, ut nihil amplius quaererent, in hoc casu u. s. w. — Daß ferner Justinian gerade speciell den Fall vor Augen hat, wenn Einige neben gehörig Eingesetzten auf res certae instituirt sind, erhellt daraus, daß er sagt: si vero quidam (τινες in dem griechischen Texte der Novelle, qui bei Julian) heredes nominati fuerint, sowie daraus, daß das etwa an dem Pflichttheile Fehlende von den heredes ergänzt werden solle, heredes werden aber hier (aus einem gleich nachher anzuführenden Grunde) die gehörig Eingesetzten vorzugsweise genannt; und schon der Umstand, daß das (nach Einrechnung der res certa) an dem Pflichttheil Fehlende ergänzt werden soll, beweist, daß der ex re Instituirte als auf die res beschränkt vorausgesetzt wird, was aber gerade nur für den gegenwärtigen Fall der institutio ex re certa eine unbedingt wahre Voraussetzung ist.

Meint nun Justinian hier gerade einen solchen heres ex re certa, neben welchem gehörig Eingesetzte vorhanden sind, so leidet es auch keinen Augenblick Zweifel, daß derselbe als ein wahrer heres angesehen werden muß. Der Kaiser verbietet für Descendenten und Ascendenten auf das Energischeste Präterition und Exheredation, er fordert wirkliche Erbeseinsetzung, ohne diese soll keine Zuwendung auf einen andern Titel hin, selbst nicht das allergrößte Vermächtniß genügen [3]). In diesen neuen Bestimmungen Justinian's tritt, wie bereits früher (S. 31) bemerkt, der das römische Notherbenrecht beherrschende Gegensatz von formeller und materieller Bedenkung, die hohe Bedeutung der heredis institutio, noch einmal recht deutlich hervor. Ist es nun zu glauben, der Kaiser habe den energischen Gehalt seiner Neuerung sogleich wieder in cap. 5 pr. geschwächt durch Toleriren eines bloßen Legatars? etwa aus Billigkeit, oder weil der Testator denselben wenigstens mit dem Titel eines heres geschmückt hat? Sicherlich genügt nur eine solche Verfügung, welche außer dem Erbentitel auch den rechtlichen Grundsätzen nach als wahre heredis institutio Bestand haben kann.

Mit Recht haben daher alle Vertheidiger der Erbenqualität unseres Instituirten die Bestimmung der Nov. 115 cap. 5 pr. von jeher als den unbestreitbarsten positiven Beweis ihrer Ansicht angesehen. Bei der Stärke dieses Beweises wollen wir den Leser nicht ermüden mit einer weiteren Widerlegung der Versuche, welche man gemacht hat, um jene Stelle zu entfernen; alle diese Versuche zeigen eben nur, wie sehr man bei einer einmal vorgefaßten Meinung die Wahrheit verkennen kann.

Ein Bedenken aber scheint sich zu erheben: warum sagt Justinian nicht allgemein, es genüge überhaupt eine institutio

---

[3]) Nov. 115 cap. 3 pr.: „sancimus, ne liceat — liberos in testamento suo praeterire vel exheredare, etsi qualibet donatione, vel legato vel fideicommisso, vel alio quolibet modo partem legibus illis debitam dederint, —

ex re certa, warum hebt er speciell den Fall hervor, wenn neben ihr gehörige Einsetzungen vorhanden sind? warum ferner sagt er rücksichtlich des an dem Pflichttheile des ex re Instituirten etwa Fehlenden: hoc ab heredibus expleatur, und drückt dieß, wenn anders auch der ex re Instituirte wahrer Erbe ist, nicht vielmehr dahin aus: hoc a ceteris heredibus expleatur? Man könnte geneigt sein, daraus zu schließen, der Kaiser sehe die gehörig Eingesetzten (diese sind es, welche jenem den Pflichttheil zu ergänzen haben) in der That als die alleinigen heredes an, und gerade darum hebe er ausschließlich jenen speciellen Fall der institutio ex re certa hervor, indem hier der Eingesetzte an sich wirklich ein bloßer Legatar sei, und nur rücksichtlich dieses neuen Notherbenrechts tolerirt werde, während die sonstigen Fälle einer institutio ex re certa darum nicht hervorgehoben seien, weil bei ihnen der Eingesetzte selbstverständlich und bekanntermaßen wirklich (detracta re) als heres gelte. — Um diese Bedenken zu entfernen, müssen wir vorgreifen in die Interpretation von Justinian's c. 13 C. de her. inst., oder wenigstens an dasjenige erinnern, was in dem vorigen Paragraphen vorläufig über den Inhalt dieser Constitution gesagt worden ist. Seit c. 13 C. cit. nämlich wird der ex re Instituirte im Falle wirklicher Concurrenz mit gehörig Eingesetzten von vornherein nicht mehr praktisch als Erbe behandelt, gerade darum konnte es manchen Testatoren zweifelhaft sein, ob seine Einsetzung den Bestimmungen der Nov. 115 c. 3 u. 4 genüge; diesen möglichen Zweifel will Justinian durch das in c. 5 pr. eod. Bemerkte entfernen, während für die übrigen Fälle der institutio ex re certa eine Beseitigung ähnlicher Zweifel überhaupt nicht nothwendig erschien, indem hier der Eingesetzte, gesetzt auch, er würde (wie oben Seite 94 ff.) nach der Hand legatarii loco, jedenfalls vorerst und von vornherein praktisch als Erbe behandelt wird. Derselbe Gesichtspunkt erklärt nunmehr, warum Justinian in Nov. 115 c. 5 pr. die gehörig Eingesetzten vorzugs-

weise und schlechthin heredes (nicht ceteri heredes) nennt: weil sie seit c. 13 C. de her. inst. die einzigen sind, welche von vornherein praktisch als Erben behandelt werden.

b) Außer Nov. 115 cap. 5 pr. gehört hierher jenes in c. 1 C. Greg. fam. erc. uns erhaltene Rescript des Kaisers Gordianus; da indessen diese Stelle zugleich die hauptsächlichste positive Auskunft über die Art und Weise der Aufrechterhaltung der Erbenqualität bezüglich unseres Instituirten gibt, so versparen wir ihre Erläuterung auf das unter II Auszuführende.

Durch alles Bisherige haben wir gleichsam nur an der Außenseite des Verhältnisses, ganz abgesehen von seiner inneren Construktion, den Beweis geführt, daß der ex re Instituirte auch neben gehörig Eingesetzten sich keinenfalls als bloßer Legatar, vielmehr als wirklicher Erbe darstellt. Dieser Beweis, schon an sich vollständig, wird aber noch bestätigt und verstärkt durch die folgenden Erörterungen, welche die einzelnen Glieder der das Rechtsverhältniß dieses Instituirten beherrschenden juristischen Construktion zum Gegenstande haben.

II. Es ist nun weiter darzuthun, auf welche Weise unser heres ex re certa institutus als Erbe aufrecht erhalten wird. In dieser Rücksicht wurde oben (§. 18) behauptet: er ist Erbe detracta rei mentione, somit wie jeder Erbe gerufen als Erbe auf das universum jus defuncti, und zwar zunächst, d. h. bei wirklicher Concurrenz der gehörig Eingesetzten, auf eine pars hereditaria.

Die Wahrheit auch dieser Behauptung folgt:

1) selbst wenn dieselbe durch keine ausdrückliche Stelle bezeugt wäre, schon aus allgemeinen Gesichtspunkten, und zwar aus der juristischen Natur der Erbeneigenschaft mit civilistischer Nothwendigkeit. Sobald das Römische Recht einmal darüber einig war, daß dieser Eingesetzte als Erbe gelten solle, verstand es sich von selbst, wie er als Erbe aufrecht zu erhalten sei; es

mußte nunmehr auch der rechtlichen Bedeutung eines heres Raum gegeben werden. Da nun ein Erbe in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit (s. oben Seite 6), so durfte man unseren Instituirten keinenfalls als Erben auf die res certa anerkennen, man mußte ihn zur Repräsentation, zum universum jus defuncti rufen, wie wir dasselbe in den vorigen Abschnitten auch für die anderen Fälle der institutio ex re certa gefunden haben; das aber geschieht durch Detrahiren der rei mentio als des mit der Erbenqualität Unverträglichen. Anerkennung der Erbenqualität und detractio rei ist für unser Verhältniß in der That eines und dasselbe.

Bei diesem Verfahren mußte das Römische Recht ganz unbekümmert bleiben um die nun vielleicht entstehende Unmöglichkeit, daneben auch die weitere, jedoch vergleichsweise untergeordnete voluntas testatoris, die Beschränkung des Eingesetzten auf die res certa aufrecht zu erhalten; ja wir werden sehen, es gab eine Zeit, in welcher die Realisirung dieser Beschränkung, als juristisch unmöglich, wirklich unterbleiben mußte, ohne daß man sich dadurch abhalten ließ, den Eingesetzten detracta re als Erben anzuerkennen.

2) Das so eben im Geiste des römischen Erbrechts Gefolgerte findet sich aber auch positiv in den Quellen bestätigt.

a) Vorerst dürfen wir uns wiederum auf die Worte Ulpian's in fr. 35 pr. D. de her. inst. „dicebam receptum esse" u. s. w. berufen, wenn anders wir bereits oben (Seite 346 Nummer a) berechtigt waren, in dieser Aeußerung eine allgemeine Regel für die Behandlung des ex re Instituirten zu erkennen, neben welchem Miterben, dann aber einerlei, ob gehörig, oder ebenfalls ex re certa eingesetzte, vorhanden sind. — Ulpian sagt, der heres ex re certa solle auf die res beschränkt werden in dem judicium fam. erc.; vorerst also und an sich muß er auf das universum jus, beziehungsweise auf eine pars hereditaria gerufen sein. Dieß spricht denn auch der Jurist

im weiteren Verlaufe seiner Erörterung bezüglich des Falles der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae aus, allein mit demselben Rechte muß es auch bei Concurrenz gehörig Eingesetzter gelten. Ganz charakteristisch ist es ferner, daß Ulpian nur kurzweg sagt: „receptum esse, heredem institui posse," ohne dabei die Art der Aufrechterhaltung (Detrahiren der rei mentio) ausdrücklich zu erwähnen; es ist dieß eben ein Beweis, wie sehr es sich von selbst versteht, wie ein ex re certa Instituirter als Erbe gelten muß, sobald einmal anerkannt ist, daß er als Erbe gelten soll.

b) Außerdem aber ist uns aus dem vorjustinianeischen Rechte eine Stelle erhalten, welche, Alles gehörig gewürdigt, die Erbenqualität detracta rei mentione gerade in Veranlassung eines Falles, in welchem gehörig Eingesetzte neben einem heres ex re certa vorhanden waren, ausdrücklich ausspricht; nämlich das bereits früher erwähnte Rescript des Kaisers Gordianus in:

c. 1 Cod. Greg. de fam. erc. et communi div.:

Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine ejus rei commemoratione institutus fuisset, sane officio familiae erciscundae judicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit. Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est. Proinde cum juris ignorantiam excusare facile non possis, si major annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras. P. P. XV Kal. Novembr. Arriano et Papo Coss. (243).

Nach bekannten Grundsätzen über den Werth der vorjustinianeischen Rechtsquellen leidet es vorerst keinen Zweifel, daß diese Stelle, sofern sie sich wirklich auf den gegenwärtigen Fall der institutio ex re certa beziehen läßt, an ihrer Beweiskraft darum nichts verlieren kann, weil sie nicht in Justinian's

Compilation aufgenommen ist; sie bleibt bezüglich der juristischen Construktion dieses Rechtsverhältnisses ein Interpretationsmittel unbedingt für die Zeit Gordian's, ebenso aber auch für das spätere Recht insoweit, als wir nicht eine ihrem Inhalte widersprechende neuere Bestimmung finden.

Die Hauptfrage ist daher: läßt sich dieses Rescript seinem Inhalte nach wirklich hierher beziehen?

Unserer Ueberzeugung nach erhellt nun allerdings aus dem Rescripte selbst nicht mit völliger Sicherheit, ob in dem ihm unterliegenden Falle mit dem heres ex re certa gerade gehörig Eingesetzte concurrirten, es bleibt auch möglich, daß der oder die Miterben ebenfalls auf res certae instituirt waren.

Betrachten wir nämlich die Stelle, so geht aus derselben nur Folgendes hervor: eine Mutter hatte ein Testament errichtet, darin ihren Sohn und (wie die Erwähnung des judicium fam. erc. zeigt) wenigstens noch eine Person eingesetzt; wenigstens einer der Erben war auf eine res certa instituirt. Der Sohn hatte die testamentarische Erbschaft seiner Mutter ausgeschlagen, dieß jedenfalls darum, weil er, jedoch rechtsirrthümlich, glaubte, er bekäme daraus zu wenig, wahrscheinlich, er bekäme nicht einmal seinen vollen Pflichttheil. Die Absicht, in welcher er ausgeschlagen hatte, war entweder die, nun überhaupt nichts aus dem Nachlasse der Mutter zu beanspruchen, oder aber, was wahrscheinlicher, sich durch die querela inofficiosi testamenti zu seiner Intestatportion zu ziehen. Nach der Ausschlagung kommt er zur Ueberzeugung, daß er dem Rechte nach aus dem Testamente wirklich mehr bekommen hätte, als er anfangs geglaubt hatte, entweder genug zum Ausschlusse der querela inofficiosi, oder doch soviel, daß er sich gerne damit begnügt haben würde; er wünscht nun Restitution gegen die Ausschlagung, und trägt dem Kaiser die Sache vor. Die Punkte, worin er rechtsirrthümlich angenommen hatte, er bekäme zu wenig, bestanden in einer unrichtigen Auffassung der Gestaltung eines heres ex re

certa institutus und in der Meinung, in dem Testamente der Mutter dürften Kinder die quarta Falcidia nicht abziehen.

Soviel scheint gewiß; dagegen bleibt unentschieden, worüber im Genaueren sich der Sohn hinsichtlich seiner Verkürzung getäuscht hatte. Es kann sein, er selbst war der auf eine res certa Instituirte, aber die res war von nur sehr geringem Werthe, daneben war ein gehörig Eingesetzter vorhanden. Da mochte denn der Sohn glauben, die res sei juristisch sein wahrer Erbtheil, den er sich eben darum nicht vergrößern könne, oder aber, er sei zwar auf das jus gerufen, bekäme aber bei der Erbtheilung nur die res, während er das Uebrige, und zwar ohne Abzug der Quart, an den gehörig Eingesetzten herausgeben müsse. Es ist aber auch möglich, daß er selber auf das jus, dagegen ein Anderer neben ihm auf eine res certa von so bedeutender Größe eingesetzt war, daß ihm, dem Sohne, wenig übrig blieb; er konnte hier glauben, entweder die res certa sei der Erbtheil des Anderen, und darum nicht durch die Falcidia zu schmälern, oder aber die res sei zwar Vermächtniß, allein in dem Testamente der Mutter nicht dem Quartabzuge unterworfen. Endlich läßt sich der Fall auch so denken, daß der Sohn auf eine sehr kleine, der Miterbe auf eine sehr große res certa instituirt war, so daß sämmtliche Erben auf res certae, welche vielleicht zugleich den ganzen Nachlaß erschöpften, eingesetzt waren, wo sich dann die möglichen Irrthümer des Sohnes nach dem Bisherigen wieder leicht combiniren lassen. Auf alle drei Fälle paßt die sehr allgemein gehaltene Antwort des Kaisers.

Zwar will Hennemann [4]) die Meinung, das Rescript habe speciell einen Fall der institutio ex re certa neben gehörig

---

[4]) S. bereits oben S. 329. — Die meisten Juristen, welche annehmen, daß das Rescript Gordian's einen Fall vor Augen habe, in welchem ein heres ex re certa institutus neben gehörig Eingesetzten vorhanden sei, begründen diese ihre Meinung überhaupt nicht näher.

Eingesetzten vor Augen, auf Folgendes stützen: der heres ex re certa werde nur im Singular genannt, ferner heiße es, derselbe solle von dem Theilungsrichter non plus emolumenti erhalten, quàm alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, was doch eben nur bei Konkurrenz gehörig Eingesetzter unbedingt zutreffe, indem dann, wenn sämmtliche Erben auf res certae instituirt seien, diese den durch die res certae etwa nicht erschöpften Rest des Nachlasses zu gleichen Theilen erhielten. Allein diese Gründe sind sicherlich nicht beweisend; einmal drückt sich Ulpian in jenen schon oft erwähnten Worten des fr. 35 pr. D. de her. inst.: „dicebam — consequi“ (welche überhaupt dasselbe sagen, was Gordian hier angibt), in beiden von Hennemann hervorgehobenen Beziehungen ganz ebenso aus, wie das Rescript, während doch jene Worte Ulpian's unzweifelhaft (s. oben Seite 158 ff.) wenigstens mit auch gerade auf den Fall der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae gehen. Sodann aber war es, wie die ganze Fassung des Rescriptes zeigt, nicht Gordian's Absicht, die speciellen Momente des ihm vorgetragenen Falles in ihrer concreten Gestalt zu entscheiden, sondern nur allgemeine Gesichtspunkte aufzustellen, unter welche die Bestandtheile des vorliegenden Falles zu subsummiren seien; der Kaiser sagt ganz generell: „es ist außer Zweifel, daß ein ex re certa Instituirter so angesehen wird, als sei er ohne Erwähnung der res eingesetzt, daß er jedoch (falls er Miterben hat) in dem judicium fam. erc. nicht mehr erhalten soll, als er bekommen würde, wenn er auf die res wirklich zum Erben eingesetzt werden könnte.“

Dennoch glauben wir, und zwar in einer doppelten Erwägung, daß in der That dieses Rescript hier angewendet werden muß.

Zunächst nämlich, die Unkenntlichkeit des demselben unterliegenden Falles zugegeben, berechtigt uns gerade der Umstand, daß Gordian mit jenen Worten nur einen allgemeinen

Gesichtspunkt angegeben hat, zu der Annahme, dieser Gesichtspunkt passe im Wesentlichen für beide möglichen Fälle des Vorhandenseins von Miterben neben dem heres ex re certa institutus, obwohl er hier nur mit Rücksicht auf einen dieser Fälle ausgesprochen sei. Hiernach würde denn hinsichtlich der Beweiskraft für den uns hier interessirenden Satz dieses Rescript wenigstens auf gleicher Linie mit den Worten Ulpian's: dicebam etc. (s. oben a) stehen.

Das hauptsächliche Gewicht aber legen wir auf die Art der Nichtaufnahme dieses Rescriptes in Justinian's Compilation; es erhellt unseres Ermessens, daß wenigstens die Compilatoren dasselbe als gerade speciell für einen Fall erlassen angesehen haben, in welchem neben dem heres ex re certa institutus gehörig Eingesetzte vorhanden waren. Die Compilatoren haben nämlich das Rescript Gordian's keineswegs übersehen, es lag ihnen bei Abfassung des Codex vor, denn sie haben einen Theil desselben, den Schlußsatz, in der That recipirt; er findet sich als:

c. 1 Cod. de juris et facti ignorantia (I, 18):

> Imp. Gordianus A. Juvenali. — Quum ignorantia juris excusari facile non possis, si major annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras. P. P. XV Kal. Novemb. Arriano et Papo Conss. (243),

nur das Vorausgehende, insbesondere das die rechtliche Gestaltung des heres ex re certa institutus Betreffende, ist weggelassen. Dieß muß einen guten Grund gehabt haben. Ohne Zweifel lag dieser darin, daß das von Gordian hier Gesagte zur Zeit der Abfassung des Justinianeischen Codex nicht mehr geltendes Recht war, daß es sonach übergangen worden ist, nicht etwa um Ueberflüssiges, sondern um Veraltetes wegzulassen. Nun aber bleibt das von Gordian über die Gestaltung des heres ex re certa institutus Gesagte selbst in dem

allerneuesten Rechte für den Fall wahr, daß sämmtliche Erben auf res certae eingesetzt sind, indem hier die Erben noch immer erst in dem jud. fam. erc. auf die res beschränkt werden. Dagegen paßt dasselbe in der That nicht mehr zu dem Rechte der Compilation für den Fall der Concurrenz gehörig Eingesetzter, soferne wir später dasjenige als wahr erweisen, was wir bereits oben (§. 18) vorläufig über den Inhalt von Justinian's const. 13 Cod. de her. inst. angegeben haben; seit c. 13 C. cit. nämlich wird hier der ex re Instituirte nicht mehr, wie Gordian angibt, erst in dem jud. fam. erc., sondern gleich von vornherein auf die res certa beschränkt. Diese Neuerung enthält unserer Ansicht nach den Grund, weßhalb die Compilatoren das von Gordian über den heres ex re certa institutus Gesagte nicht in den Codex aufgenommen haben. Ist dieß richtig, dann beweist einerseits diese Nichtaufnahme, daß die Compilatoren das Rescript in der That von einem Falle der Concurrenz eines ex re Instituirten mit gehörig Eingesetzten verstanden haben, anderntheils aber ist die Nichtaufnahme kein Hinderniß, die Entscheidung Gordian's in allen übrigen Beziehungen (außer dem über das judicium fam. erc. Gesagten) fortwährend als ein zulässiges Interpretationsmittel für die rechtliche Gestaltung unseres heres ex re certa institutus geltend zu machen, insbesondere also rücksichtlich der Frage, ob und wie derselbe als Erbe aufrechterhalten wird. —

Haben wir durch das Bisherige festgestellt, daß der neben gehörig Eingesetzten ex re certa Instituirte detracta rei mentione als Erbe gilt, so erhellt, daß hier alles, was Aufrechterhaltung der Erbenqualität betrifft, mit den übrigen Fällen der institutio ex re certa (Abschnitt 1 u. 2) und mit den Principien des Erbrechts in vollständig harmonischem Zusammenhange steht, namentlich ist nicht bewirkt, daß ein Erbe zum Vorschein kommt, dessen Erbportion eine res certa ist, seine Erbportion

besteht vielmehr, wie bei jedem heres partiarius, in einer pars hereditaria [5]).

---

[5]) Der nunmehr geführte Beweis, daß für die Succession unseres heres zunächst ein von der res certa gänzlich verschiedenes Object in den Vordergrund tritt, die res also nicht für das Gerufensein, sondern nur für das Resultat des materiellen Bekommens von Einfluß sein kann, entzieht einerseits der Ansicht, welche diesen Instituirten für einen reinen Legatar hält, ihr hauptsächlichstes gegen die Erbenqualität erhobenes juristisches Bedenken, andererseits zeigt er die Unrichtigkeit der Ansicht, welche den Instituirten für einen wahren Erben auf die res certa erklärt. Denn beide Ansichten sind in der That dadurch entstanden, daß man immer nur die res certa im Auge hatte, und auch in den Quellen zu sehen glaubte, der Instituirte succedire lediglich und direct in die res certa. Auf diese Wahrnehmung hin argumentirte jene erste Ansicht also: ein Instituirter, welchem selbst die Gesetze nur eine res singula zuwenden, kann unmöglich successor per universitatem, er muß reiner Legatar sein. Die zweite Ansicht argumentirte auf dieselbe Wahrnehmung hin also: es ist (wie auch richtig) nach mehreren Aeußerungen der Quellen ganz unläugbar, daß dieser Instituirte als Erbe gilt, da ihm nun die Gesetze nur die res certa zuwenden, so muß diese hier singulärweise seine Erbportion, er also Erbe auf die Sache sein.

Jene erste Ansicht widerlegt sich nun schon durch den unter Nummer I dieses Paragraphen geführten Beweis, daß unser heres wirklich Erbe ist, die zweite Ansicht dagegen soll hier noch durch Folgendes als eine unmögliche nachgewiesen werden:

1) sie hat alle inneren Gründe gegen sich; sie statuirt nicht eine Singularität, sondern eine wahre Abnormität, zu welcher das Römische Recht sich am allerwenigsten aus etwaiger Rücksicht auf die rei mentio verstanden haben würde. Dann übersehe man auch nicht Folgendes: wäre unser heres wahrer Erbe auf die Sache, so würden dadurch sogar auch die daneben gehörig Eingesetzten selbst wahre heredes ex re certa im Rechtssinne, nämlich Erben auf die übrigen materiellen Vermögensbestandtheile des Nachlasses, nicht auf den Rechtsbegriff der hereditas, denn sobald man einmal auch nur eine Sache als Object der Beerbung zugibt, so verrückt sich damit alsbald das ganze Object der Beerbung.

2) Die Ansicht ist nicht in den Quellen begründet, sie hat nicht nur kein einziges Zeugniß für sich, sie hat alle Zeugnisse gegen sich. Außer den Stellen, aus welchen wir bewiesen haben, daß eine pars hereditaria die Erbportion unseres Instituirten bildet, fehlt es nicht an Zeugnissen, aus welchen direct hervorgeht, daß die res certa nicht die Erbportion bildet: a) Gordian sagt in jenem Rescripte ausdrücklich, der

Dabei entsteht nun noch die Frage nach dem Maaßstabe für die Größe dieser pars hereditaria. In dieser Rücksicht müssen wir — ganz wie dieß auch für die Fälle der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae, und zwar dort nach ausdrücklicher Anleitung der Quellen, geschehen ist — zwei Fälle unterscheiden, je nach der voluntas testatoris, welche sich in der Zuwendung der res certa ausspricht.

1) Wollte der Erblasser erwiesenermaßen mit der res certa nichts als die Größe der Erbportion bezeichnen, dann allerdings ist die rei mentio als eine gültige demonstratio partis hereditariae zu beachten, der Instituirte also als heres ex certa parte institutus zu behandeln; wir dürfen in dieser Beziehung ohne Bedenken den Schlußsatz des fr. 9 §. 13 D. de her. inst. (s. oben Seite 134) zur analogen Anwendung bringen. Indessen wird ein solcher Fall selten vorkommen, am ersten noch (s. oben S. 139) bei Einsetzung auf eine Summe, z. B. der Testator, indem er sein gesammtes Vermögen zum Werthe von 4000 anschlägt, bestimmt: A sei mein Erbe auf 1000, auch setze ich den B, C und D ein, jeden derselben ebenfalls auf 1/4; hier ist offenbar A schon nach der Intention des Erblassers auf 1/4

---

heres solle in dem judicium fam. erc. soviel bekommen ac si ex re certa heres institui potuisset, derselbe kann also nicht mit der Wirkung eingesetzt werden, daß er auch rechtlich gerufen ist als Erbe auf die Sache. b) In c. 3 C. de litigiosis (8. 37) bestimmen (S. 212 ff.) die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos Folgendes: ist eine res litigiosa oder ein ambiguum chirographum an Jemanden vermacht, oder derselbe darauf zum Erben (also zum heres ex re certa) eingesetzt, so darf nicht dieser Honorirte das Object einklagen, sondern lediglich die Erben haben die Klage durchzuführen. Es ist bereits früher (S. 213) gezeigt worden, daß, sofern der mit der res litigiosa Honorirte auf dieselbe zum Erben eingesetzt ist, die Kaiser in dieser Verordnung gehörig eingesetzte Miterben neben ihm voraussetzen. Wäre nun dieser heres ex re litigiosa institutus wirklicher Erbe auf das Streitobject, so müßte ja gerade ihm allein, als einzigem Erben dieser res, die Klage bezüglich derselben zustehen.

instituirt. Damit ist dann aber in solchen Fällen auch alle Behandlung befriedigend abgethan, die weitere eigenthümliche Behandlung einer eigentlichen institutio ex re certa tritt hier nicht ein, der A in jenem Beispiele bleibt fortwährend auch praktisch Erbe auf 1/4, gerade wie die neben ihm gehörig Eingesetzten.

2) Der regelmäßige, und von den Quellen allein vorausgesetzte Fall dagegen geht dahin, daß der Testator mit der rei mentio nicht sowohl die Größe der Erbquote bezeichnen, als vielmehr gerade auf diese res einsetzen wollte. Hier gilt denn der Instituirte als ein heres sine parte institutus, aus denselben Gründen, aus welchen wir dieß bereits früher (S. 137 ff.) für den Fall der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae bei gleicher Absicht des Testators als quellenmäßig begründet kennen gelernt und gerechtfertigt haben. Nicht nach dem Werthe der res certa, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über Concurrenz eines heres sine parte scriptus mit anderen gehörig Eingesetzten bemißt sich hier die Größe der pars hereditaria des ex re Instituirten, wonach man denn mit Rücksicht auf die Einsetzungsweise der gehörig Instituirten drei mögliche Fälle zu unterscheiden hat.

a) Sind die gehörig Instituirten sämmtlich sine partibus eingesetzt, so werden sämmtliche Erben, auch der heres ex re certa institutus, aequis ex partibus zur Erbschaft gerufen [6]), es sei denn, daß conjuncti darunter sind, welche dann zusammen nur einen Theil erhalten, mag der Erblasser mehrere der gehörig Eingesetzten in Einem Satze genannt, oder mag er mehrere zusammen auf ein und dieselbe res certa instituirt haben [7]).

---

[6]) §. 6 J. de her. inst. (2. 14).

[7]) In dem letzteren Falle tritt die Analogie des fr. 11 D. de her. inst. (s. oben S. 133 Nummer 2) ein, also z. B. wenn der Erblasser testirt hätte: Attius heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto, wäre mit fr. 11 cit. zu entscheiden: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem.

b) Sind die gehörig Instituirten theils ex certa, theils sine parte instituirt, so gesellt sich der heres ex re certa institutus zu den heredibus sine parte scriptis, und ist mit diesen aequis ex partibus zu dem durch die partes certae nicht erschöpftem Reste der Unzien berufen, falls noch ein Rest wirklich vorhanden ist [8]); wo dieser nicht vorhanden, tritt nun die für solchen Fall überhaupt geltende Regel ein: ex asse fit dupondium, tripondium u. s. w., und auf den hierdurch künstlich geschaffenen Rest ist der heres ex re certa wiederum mit den sine partibus Eingesetzten zu gleichen Theilen gerufen [9]).

c) Sind endlich die gehörig Instituirten sämmtlich ex certis partibus eingesetzt, so muß ganz ebenso wie unter b unterschieden und entschieden werden, eben weil diese Grundsätze bei einer jeden Konkurrenz von ex certis partibus und sine partibus Eingesetzten gelten, es also gleichgültig ist, ob solche Konkurrenz schon durch die Einsetzungsweise der gehörig Instituirten (wie unter b), oder erst durch das Hinzutreten des heres ex re certa institutus dem Rechte nach herbeigeführt wird.

§. 20.

2) Beschränkung auf die res certa.

Durch den nächsten Erfolg der Aufrechterhaltung der Erbenqualität sind wir nun in der That weit weggetrieben von dem zweiten Stücke der voluntas testatoris, der ausschließlichen Zuwendung der res certa an den Instituirten. Dieser hat jetzt weder die ganze res, noch nur die res, vielmehr erstreckt sich die ihm detracta re geschaffene pars hereditaria gleichmäßig über sämmtliche res hereditariae; pro rata hereditaria sind zwischen ihm und den gehörig Eingesetzten die erbschaftlichen Forderungen und Schulden getheilt, die corpora gemeinschaftlich;

---

[8]) Arg. §. 6 J. de her. inst. (2. 14).

[9]) Arg. §. 8 J. eod. fr. 17 §. 2—5, fr. 18 D. eod. (28. 5).

in dem judic. fam. erc. hätte er demnächst reelle Verwerthung seiner pars hereditaria zu beanspruchen.

Allein es fragt sich, ob nicht dennoch neben der Erbenqualität auch die Beschränkung [1]) auf die res certa wenigstens für den endlichen Effect des Bekommens aufrecht zu erhalten ist? Es erhellt sogleich, daß diese ganze Frage schon nach der voluntas testatoris nur allein für den gewöhnlichen und eigentlichen Fall der institutio ex re certa von Bedeutung wird, wenn nämlich der Erblasser mit der rei mentio eine wirkliche Einsetzung gerade auf diese res, und nicht eine bloße demonstratio partis hereditariae gemeint hat, denn dieser letztere Fall [2]) bedarf keiner weiteren besonderen Behandlung, sobald einmal nach dem Verhältnisse des Werthes der res zu dem Werthe der ganzen Erbschaft die Größe der certa pars hereditaria, auf welche hier der Instituirte schon nach dem Willen des Erblassers gerufen erscheint, ausgemittelt ist.

Daß nun in dem eigentlichen Falle unserer institutio ex re certa der Eingesetzte auf die ihm von dem Erblasser zugewiesene res wirklich beschränkt werde, geben die Quellen ausdrücklich und auf das Bestimmteste an. Ulpian sagt in dem oft erwähnten, auch hier wieder anwendbaren fr. 35 pr. D. de her. inst., bezüglich des heres ex re certa, welcher Miterben hat: „officio judicis familiae erc. cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi," und eben dahin gehen in

---

[1]) Beschränkung nennen wir dieß, wie in den Fällen des vorigen Abschnittes, natürlich nur im Gegensatze der res zu den übrigen Objecten des Nachlasses (der Eingesetzte soll die ganze res, aber auch nur die res bekommen), nicht auch im Vergleiche des Werths der res zu dem Werthe der pars hereditaria dieses Eingesetzten, denn an Werth kann er durch ausschließliche Zuwendung der res begreiflich bald ebensoviel, bald weniger, bald mehr bekommen, als in seiner pars enthalten ist.

[2]) S. oben Seite 362 Nummer 1.

jenem Rescripte Gordian's die Worte: „sane officio fam. erc. judicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset." Auch setzt Justinian in Nov. 115 cap. 5 pr. das Statthaben dieser Beschränkung dem Grundsatze nach offenbar durch die Bestimmung voraus, der so instituirte Pflichtheilsberechtigte solle sich das an der res etwa noch zur vollen legitima Fehlende durch die Pflichtheils-Rechtsmittel ergänzen; daraus erhellt nämlich deutlich, daß der Instituirte, wäre er nicht zugleich pflichttheilsberechtigt, sich in der That mit der res certa begnügen müßte.

Wie aber, auf welche juristische Construktion hin die Beschränkung zu geschehen habe, darüber gibt uns keine einzige, direkt von unsrer institutio ex re certa redende Stelle Auskunft. Denn wenn wir aus jenen Aeußerungen Ulpian's und Gordian's ersehen, die Beschränkung werde durch den arbiter fam. erc. bewirkt, so wirft dieß immer noch kein Licht auf die ihr zu Grunde liegende Construktion indem dieser arbiter neben eigentlicher Erbtheilung bekanntlich noch andere, auf sehr verschiedenen Rechtsgründen beruhende, erbrechtliche Ansprüche unter den Miterben zu realisiren hat. — Allein gerade bei dem Schweigen der Quellen müssen wir um so mehr an der Ueberzeugung festhalten, daß neben der Erbenqualität die Beschränkung auf die res nur auf eine völlig normale, mit den Principien des Erbrechts in Einklang stehende Weise von dem Römischen Rechte aufrechterhalten wird, wie sich denn in den ihrer rechtlichen Behandlung nach uns bis jetzt (aus Abschnitt 1 und 2) bekannt gewordenen Fällen der institutio ex re certa überall gezeigt hat, daß da, wo die Beschränkung auf die res wirklich realisirt wurde, dieß nur auf normalem Wege geschah, und daß da, wo dieß nicht in normaler Weise möglich war, die Beschränkung (ohnehin das vergleichsweise Untergeordnete) in der That unbeachtet blieb.

Nun eröffnet sich für den gegenwärtigen Fall der institutio ex re certa die rechtliche Möglichkeit, auch die Beschränkung auf die res zu realisiren, allerdings sogleich insofern, als aus der Verfügung wenigstens erhellt, zu wessen Gunsten die Beschränkung stattfinden solle; es sind dieß die gehörig eingesetzten Miterben, denn eben durch ihre unbeschränkte Einsetzung gibt der Testator zu erkennen, daß an sie alles übrige, außer der res certa, fallen solle. Ja in dieser Rücksicht zeigt sich die Beschränkung auf die res gerade in dem gegenwärtigen Falle weit vollständiger realisirbar, als in den Fällen des ersten und zweiten Abschnittes, indem da, wo der einzige Erbe ex re instituirt ist, sowie da, wo sämmtliche Erben ex re instituirt sind, die res aber nicht zugleich den gesammten Nachlaß erschöpfen, die Beschränkung (in dem letzteren Falle wenigstens die vollständige Beschränkung) auf die res zu ihrer Aufrechterhaltung vor allem andern noch einen besonderen Willen des Erblassers erfordert, aus welchem erhellt, an wen das Uebrige fallen soll.

Allein außer Ersichtlichkeit der Person, mit Rücksicht auf welche der Instituirte auf die res beschränkt sein soll, wird, um die Beschränkung zu realisiren, noch weiter und hauptsächlich ein Rechtstitel erfordert, auf welchen dieselbe juristisch basirt werden kann. Wie nun wird es bewirkt, daß einerseits an die gehörig Eingesetzten dasjenige fällt, was der ex re Instituirte nicht behalten darf, und daß zugleich andrerseits dieser letztere die ganze res erhält?

In dieser Beziehung haben wir oben (§. 18) behauptet: der heres ex re certa institutus hat die ihm detracta re geschaffene pars hereditaria als Universal-Fideikommiß an die unbeschränkt Eingesetzten zu restituiren, er selbst aber erhält die res certa als ein Vermächtniß. — Die Wahrheit dieser Behauptung, welche der rechtlichen Behandlung unsrer institutio ex re certa ihre civilistische Abrundung gibt, ist nunmehr zu beweisen.

I. Beweis aus den Principien des römischen Erbrechts. Gesetzt, die soeben behauptete Behandlung sei nicht als eine in dem Römischen Rechte bereits vorhandene darzuthun, vielmehr wir selber hätten an der Stelle der römischen Juristen zum erstenmale die Beschränkung des Instituirten auf die res zu realisiren, so müßten wir sagen: nach den Principien des Erbrechts ist der angegebene Weg als ein normaler möglich, zugleich ist ein anderer Weg in normaler Weise nicht möglich. Dieß auf folgende Kette von Sätzen hin, deren Richtigkeit größtentheils schon aus früheren Erörterungen hervorgeht.

1) Bereits einig sind wir über folgendes: auch dieser heres ex re certa institutus soll Erbe sein, Erbe auf die res aber kann er nicht sein. Soll sich dennoch neben der Erbenqualität auch die Beschränkung auf die res realisiren, so muß die rei mentio von dem Gerufensein hinweg und hinüber auf den Effekt des Bekommens gestellt, die Verfügung demnach so angesehen werden, als hätte der Testator neben Vornahme unbeschränkter Einsetzungen z. B. also verordnet: auch X sei mein Erbe, bekommen aber soll er nur den fundus Cornelianus.

2) Soll nun überhaupt, aus irgend einem Grunde (nach Gesetz oder nach den Willen des Erblassers) derjenige, welcher Erbe (heres ex asse oder heres partiarius) geworden ist, doch nichts als eine res certa bekommen, so werden bezüglich der Frage, wie dieser Effekt zu erreichen ist, folgende Gesichtspunkte maaßgebend.

Vor Allem muß ein Dritter erhellen, mit Rücksicht auf welchen der Erbe beschränkt sein soll. Diesem Dritten dürften nun nicht etwa die einzelnen, zunächst dem Erben per hereditatem erworbenen res hereditariae zufallen unter Abzug jener res certa, sodaß dieselbe der Erbe direkt und jure hereditario zurückzubehalten hätte, denn da der Dritte dann (durch Ueberkommen nur von res singulae als solchen) bloßer Singular-Successor wäre, so würde der Erbe in der That noch anderes als die res certa

behalten, indem er wohl der corpora direkt, der Forderungen wenigstens indirekt durch Cession, dagegen der Schulden nicht einmal indirekt mit Wirkung für die Gläubiger entledigt werden könnte. Vielmehr müßte der Erbe, wenn er nur eine res certa, folglich nur den Gegenstand einer Singular-Succession erhalten soll, vor Allem den Gegenstand seiner ursprünglichen Universal-Succession selbst, die ihm erworbene hereditas oder pars hereditatis, und damit sämmtliche per hereditatem erworbene res hereditariae, auch jene res certa, an den Dritten als an einen Universal-Successor verlieren, dieß jedoch in der Art, daß der ursprüngliche Erbe dadurch nicht aufhörte, Erbe zu sein (s. oben S. 4 Note 8 Nummer 2), sondern nur in den Vermögensbeziehungen nicht mehr praktisch als Erbe behandelt würde; sodann aber müßte er die ihm zugedachte res neu erhalten, jetzt als res singula, mithin titulo singulari. [3]) Und zwar müßte er als heres ex asse die ganze res zurückerhalten von Demjenigen, der nunmehr von ihm die hereditas überkommen hat; als heres partiarius könnte er, soferne die res in media hereditate liegt, von dem neuen Inhaber seiner pars nur den, in derselben liegenden Theil der res certa zurückerhalten, während daneben die Miterben verpflichtet sein müßten, ihm die in ihren partes enthaltenen Theile der res zu übertragen.

3) Will insbesondere der Erblasser, sein Erbe (heres ex asse oder heres partiarius) solle nichts als eine res

---

[3]) Sowie von vornherein die res hereditariae eines Verstorbenen nur dadurch auf den Erben übertragbar sind, daß auf ihn zunächst ein von diesen verschiedenes Drittes (das juris nomen der hereditas, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des defunctus) und erst hierdurch vermittelt (per hereditatem) auch das Aggregat der res hereditariae übergeht (s. oben Seite 2), ebenso müßte der Erbe, wenn er ungeachtet dieses Ueberganges doch nichts als eine res certa bekommen soll, das ihm erworbene juris nomen der hereditas an einen Dritten verlieren, welcher Uebergang dann wiederum auch das Aggregat sämmtlicher res hereditariae nach sich ziehen würde; die res certa müßte er dann neu bekommen, titulo singulari.

certa bekommen, so ordne er im Einklange mit den so eben angegebenen Gesichtspunkten vorerst an, daß die hereditas oder pars hereditaria von diesem Erben an einen bestimmten Dritten falle; dazu hat er in der That seit dem Sct. Trebellianum ein Mittel, aber auch nur das einzige Mittel: er gebe dem Erben auf, die hereditas oder pars hereditaria als ein Universal-Fideikommiß an den Dritten zu restituiren. Zugleich wende er dem Erben die res certa als ein Singular-Vermächtniß zu; mit diesem Vermächtnisse ist hier lediglich der Universal-Fideikommissar allemal dann belastet, wenn der Erbe heres ex asse ist; handelt es sich dagegen von einem heres partiarius, dann sind mit dem Vermächtnisse, soferne dessen Gegenstand in media hereditate liegt, pro rata die partes der Miterben und die dem Universal-Fideikommissar restituirte pars belastet; indessen bleibt es dem Erblasser unbenommen, als res auch ein solches Objekt zu bezeichnen, welches lediglich aus der restituirten pars zu entrichten ist, ohne daß zugleich die Miterben zu demselben beizutragen haben.[4])

Wollte der Erblasser statt der angegebenen Anordnungen dahin verfügen, der Erbe solle die übrigen in der hereditas oder pars hereditatis enthaltenen res hereditariae als Singular-Vermächtnisse an den Dritten restituiren, die res certa aber direkt jure heredis zurückbehalten, beziehungsweise daneben die in den partes der Miterben enthaltenen Theile der res aus diesen partes als Vermächtniß empfangen, so wäre dieß zwar juristisch statthaft, allein jener Effekt der Beschränkung des Erben auf eine res würde dadurch nach dem unter 2 Angegebenen nur unvollständig erreicht. Wollte dagegen der Erblasser anordnen, der Erbe solle das Uebrige als Universal-Fideikommiß restituiren, die res aber, soweit sie nicht aus den partes der Miterben

---

[4]) Die Verschiedenheit der Behandlung, je nachdem der Theilerbe auf eine Geldsumme oder auf eine species beschränkt werden soll, werden wir später bei der Einzelngestaltung unseres Falles der inst. ex re certa besprechen.

kommt, jure heredis behalten, so wäre dieß geradezu juristisch unmöglich [5]).

4) Gesetzt aber, der Erblasser hat seinen Willen, der Erbe solle nichts als eine res certa bekommen, nur durch Angabe dieses gewollten Effekts ausgedrückt, ohne dabei zugleich den Weg der juristischen Realisirung dieses Effektes zu bezeichnen, so wird, soferne nur erhellt, mit Rücksicht auf welche Person der Erbe beschränkt sein soll, die Verfügung nichts destoweniger realisirt, und zwar auf dem unter 3 dafür als geeignet befundenen Wege. Dieß auf den Grund der in dem Römischen Rechte anerkannten Theorie über stillschweigende Fideikommisse.

Bei Fideikommissen entscheidet mehr der Wille als der Wortausdruck; gibt daher der Erblasser das von ihm Gewollte, und auf dem Wege der Fideikommisse Erreichbare, nur dem Effekte nach an, so wird dieser Effekt vermöge juristischer Construktion in der That an der Hand der Fideikommiß-Theorie realisirt, es wird angenommen, der Erblasser habe mit dem gewollten Effekte stillschweigends zugleich den geeigneten Weg seiner Realisirung durch Anordnung von Fideikommissen bezeichnet [6]). Diesem Gesichtspunkte gemäß finden sich in zahlreichen Beispielen stillschweigende Universal- wie Singular-Fideikommisse, und von letzteren wieder stillschweigende simple Fideikommisse wie Präfideikommisse; ja eine einzige Verfügung des Erblassers kann gleichzeitig mehrere Fideikommisse nach verschiedenen Richtungen hin enthalten, insofern nämlich zu ihrer Realisirung mehrere Fideikommisse nothwendig werden.

Bestimmt demnach der Erblasser, sein Erbe oder einer der Theilerben solle nur eine res certa bekommen („er begnüge sich mit ihr," „er sei zufrieden mit ihr" u. s. w.), und es erhellt, zu

---

[5]) s. oben S. 96 ff.

[6]) s. z. B. oben S. 64 Note 1 ff.

wessen Dritten Gunsten diese Beschränkung statthaben soll (Beschränkung eines Theilerben gilt schon von selbst und im Zweifel als mit Rücksicht auf die unbeschränkten Miterben angeordnet), dann sind in der Beschränkung auf die res doppelte verba fideicommissaria zu erkennen: der auf die res Gewiesene restituire die hereditas, beziehungsweise seine pars hereditatis an jenen Dritten als Universal-Fideikommiß, die res certa erhalte er als Singular-Fideikommiß. — Daß hier diese Behandlung von dem Römischen Rechte wirklich anerkannt ist, könnten wir sogar durch ausdrückliche Stellen beweisen, und werden es auch später (Nummer III dieses Paragraphen) thun, vorerst indessen stellen wir uns auf den Standpunkt der ersten Begründer dieser Behandlung, indem wir dieselbe lediglich der anerkannten Theorie über stillschweigende Fideikommisse als eine durchaus statthafte Consequenz abfordern.

5) Ganz dieselbe Behandlung muß denn aber, wie nunmehr von selbst erhellt, auch da eintreten, wo der Erblasser neben gehörig Eingesetzten einen Erben geradezu ex re certa instituirt hat, eben weil (s. Nummer 1) diese institutio dahin aufzufassen ist, als habe der Testator verordnet: X sei mein Erbe, bekommen aber soll er nur die res certa. Mithin enthält hier die rei mentio (detrahirt für die Erbenqualität, beibehalten für das Bekommen) vermöge juristischer Construktion die zweifachen verba fideicommissaria: der heres ex re certa institutus restituire die ihm detracta re geschaffene pars hereditatis als stillschweigendes Universal-Fideikommiß an die gehörig Eingesetzten, und empfange die res certa als stillschweigendes Singular-Fideikommiß. — Die Realisirung dieser Construktion kann dann in dem judicium fam. erc., ebensogut aber auch durch die gewöhnlichen Rechtsmittel der Fideikommissare erfolgen.

Daß die Beschränkung auf die res neben Aufrechterhaltung der Erbenqualität zugleich in keiner anderen als der angegebenen Weise juristisch zu realisiren ist, erhellt eigentlich schon aus dem

Bisherigen, indessen sollen noch ausdrücklich die von Andern deßfalls aufgestellten Meinungen geprüft werden.

Manche, besonders Hennemann (s. oben Seite 329 a. E.), haben behauptet, der von Gordian genannte arbiter fam. erc. habe dem Instituirten die res erbvertheilungshalber zuzusprechen, wodurch dann derselbe, obwohl anfangs detracta re zur ganzen Erbschaft gerufen, die res als Erbportion (jure hereditario) erhalte, mithin nach der Hand wahrer Erbe auf die res werde. — Dem steht aber entgegen: 1) Wenn die Quellen sagen, die Beschränkung werde durch den arbiter fam. erc. bewirkt, so folgt daraus noch nicht, daß die res erbvertheilungshalber zugesprochen wird, indem (wie bereits öfter bemerkt) der arbiter fam. erc. gelegentlich der Erbtheilung auch noch andere Ansprüche unter den Miterben zu realisiren hat. — 2) Bloße Erbtheilung ist in der That nicht der geeignete Weg für den Erben, die res certa zu erhalten, denn eigentliche Erbtheilung ist nichts als reelles Verwerthen der partes hereditariae. Der arbiter fam. erc. also, sobald er bloß erbvertheilend fungirt, kann nicht immer die res dem Erben zusprechen, er kann es nur dann, wenn zufällig der Werth der res mit dem Werthe der detracta re geschaffenen pars hereditaria (an welcher doch festgehalten werden muß) übereinstimmt; aber selbst bei solcher Werthgleichheit muß er nicht dem Erben gerade diese res zusprechen, es ist des Theilungsrichters arbitrium, was er erbvertheilungshalber jedem der Erben adjudiciren will, sofern er nur die Werthgröße der partes hereditariae einhält. Soll er verpflichtet sein, einem Erben ein bestimmtes Objekt zuzuweisen, soll also zugleich dieser Erbe ein wirkliches Recht darauf haben, so kann dieß nur auf den Willen des Erblassers, mithin nur auf ein Vermächtniß basirt sein[7]); der arbiter hat dann dieses Vermächtniß nur gelegentlich der eigent-

---

[7]) s. auch oben Seite 144. 145. 189. 196.

lichen Erbtheilung mit zu realisiren[8]). — 3) Gesetzt, die res könnte erbvertheilungshalber dem Erben zugesprochen werden, so könnte er doch durch bloße Erbtheilung mindestens nicht auf die res beschränkt werden, indem weder eine gerichtliche[9]) noch eine außergerichtliche[10]) Erbtheilung im Stande ist, einen Erben von seinem Erbantheile an den Schulden mit der Wirkung zu befreien, daß die Gläubiger daran gebunden sind. — 4) Gesetzt endlich, dem Erben könnte bloß erbvertheilungshalber ausschließlich die res zugewendet werden, so würde er dadurch doch nicht Erbe auf die res, dieselbe würde nicht seine Erbportion. Daß einem Erben Nachlaßbestandtheile auf seinen Erbtheil gegeben werden, hat juristisch nur den Sinn, daß er sie in reeller Verwerthung seiner pars hereditaria empfängt, nicht aber den Sinn, daß er dieselben titulo hereditario erhält; jure heredis hat er die ihm zugewiesene res fortwährend nur zu dem von Anfang an in seiner pars gelegenen Theile, während er die übrigen Theile der res aus den partes der Miterben titulo singulari unter Lebenden erhält, bei gerichtlicher Erbtheilung durch adjudicatio, bei außergerichtlicher durch ein tauschähnliches[11]) Geschäft zwischen ihm und den Miterben.

Von anderer Seite[12]) ist behauptet worden, unser Eingesetzter habe in dem Rechte vor Justinian's c. 13 C. de her. inst. in der That nicht vollständig auf die res certa beschränkt werden können; ausgehend nämlich wiederum von der Voraussetzung, der Erbe erhalte in dem judicium fam. erc. die res erbvertheilungshalber, kam man zu dem, dann allerdings richtigen[13]) Resultate, der Theilungsrichter habe den Erben

---

[8]) s. oben Seite 148 Note 5.

[9]) fr. 2 §. 3, fr. 3 D. fam. erc. (10. 2), s. auch oben Seite 332 Note 5.

[10]) c. 23 C. fam. erc. (3. 36).

[11]) c. 23 C. cit.

[12]) so Arndts, s. oben Seite 337.

[13]) s. Note 9 u. 10.

wenigstens nicht von seinem Erbantheile an den Schulden befreien können. Allein abgesehen davon, daß nach dem vorhin gegen Hennemann Ausgeführten bloße Erbtheilung unmöglich der Titel für die Zuwendung der res sein kann, wird die totale Beschränkung unseres Eingesetzten auf die res schon für das vorjustinianeische Recht deutlich in jenem Rescripte Gordian's (s. oben Seite 366) ausgesprochen. — Wenn man übrigens dabei noch bemerkt hat, der Eingesetzte habe nach geschehener Erbtheilung im Effekte einem Legatare gleichgestanden, so erscheint auch dieß wieder auf den Grund bloßer Erbtheilung nicht gerechtfertigt: titulo singulari hätte er dann allerdings die res (außer dem ihm jure heredis verbleibenden Theile derselben), allein darum doch keineswegs (s. Note 11) wie ein Legatar.

II. Der von uns behauptete juristische Weg der Beschränkung des Eingesetzten auf die res erscheint aber nicht blos durch die Principien des römischen Erbrechts geboten, er findet sich auch positiv anerkannt in denjenigen Fällen einer institutio ex re certa, welche wir in dem zweiten und dritten Abschnitte unsrer Abhandlung kennen gelernt haben, soferne dort ausnahmsweise eine Beschränkung, und zwar eine totale Beschränkung auf die res möglich wird.

1) Ist nur ein einziger Erbe, dieser aber auf eine res certa (und zwar direkt ex re, nicht excepta re certa) eingesetzt, und es erhellt zugleich aus einer sonstigen (in diesem Testamente enthaltenen oder früheren oder späteren) Willenserklärung des Erblassers, zu wessen Dritten Gunsten die Beschränkung des Eingesetzten auf die res statthaben soll, so wird dieselbe dadurch realisirt, daß der Erbe die ihm detracta re geschaffene hereditas als Universal-Fideikommiß an den Dritten zu restituiren, die res certa aber aus der restituirten hereditas als Vermächtniß zu erhalten hat. Diese Behandlung ist namentlich für einen einzelnen hieher gehörigen Fall (institutio ex re certa in einem zweiten Testamente) durch ein in §. 3 J. quib. mod. test. in-

firm. (2. 17) und in fr. 29 D. ad Sct. Treb. (36. 1) enthaltenes Rescript der Kaiser Severus und Antoninus vorgezeichnet.

Alle jene früheren Erörterungen (S. 73 ff.) werfen nunmehr ein bedeutendes Licht auf die Behandlung der rei mentio in dem uns gegenwärtig beschäftigenden Falle der institutio ex re certa. Wir haben dort gesehen, es ist nicht nothwendig, daß der Testator ausdrücklich verfügt, die hereditas solle an einen Dritten restituirt werden, es genügt, daß ein Dritter erhellt, zu dessen Gunsten der Eingesetzte nach des Erblassers Willen beschränkt sein soll; unter dieser Voraussetzung enthält schon die bloße rei mentio an sich hinreichende verba fideicommissaria des genannten Inhalts, wie dieß namentlich auch (Seite 78 ff.) bezüglich des jenem Rescripte von Severus und Antoninus unterlegenen Falles nachgewiesen worden ist.

Nun steht es aber hinsichtlich der Kenntlichkeit desjenigen, zu dessen Gunsten der ex re certa Instituirte beschränkt sein soll, offenbar auf einer Linie, ob der Erblasser z. B. im ersten Testamente den A gehörig (ex asse), dann aber in einem zweiten Testamente den B auf einen fundus eingesetzt hat, oder ob er sogleich in einem und demselben Testamente den A gehörig, den B auf den fundus instituirt. Sowie daher B dort die ihm detracta re geschaffene hereditas, so muß er hier die ihm ebenso geschaffene pars hereditaria an den A als Universal-Fideikommiß zu restituiren haben, hier wie dort ferner muß er die res certa als stillschweigendes Singular-Fideikommiß erhalten.

2) Sind sämmtliche Erben auf res certae instituirt, diese res aber erschöpfen nicht zugleich den ganzen Nachlaß, so erhalten die Eingesetzten zwar die res als stillschweigende Präfideikommisse, total beschränkt werden können sie dagegen auf dieselben nur dann, wenn noch aus einem besonderen Willen des Erblassers ein Dritter erhellt, welchem das Unvertheilte zufallen soll. Ist dieß der Fall, dann realisirt sich jene totale Beschrän-

kung wiederum eben dadurch, daß die Instituirten ihre partes hereditariae an den Dritten als Universal-Fideikommissar zu restituiren haben, die res certae aber als stillschweigende Singular-Fideikommisse erhalten, wie dieß namentlich (s. oben Seite 166) durch die Basiliken bezeugt wurde, welche den in jenem Rescripte von Severus und Antoninus angegebenen Rechtssatz unbedenklich auch da gelten lassen, wo in dem zweiten Testamente mehrere Erben, und zwar diese sämmtlich auf res certae eingesetzt sind.

Nun ist es aber für Behandlung der rerum mentio wiederum offenbar eins und dasselbe, ob z. B. der Erblasser in einem früheren Testamente den A gehörig, in einem späteren den B und den C auf res certae (welche den Nachlaß nicht erschöpfen) eingesetzt hat, oder ob er sogleich in Einem Testamente den A gehörig, den B und C daneben auf res certae instituirt. Die ex re Instituirten müssen dort an den A als an einen Nichterben, hier an den A als gehörig eingesetzten Miterben ihre partes hereditariae zu restituiren haben, und die res certae in einem Falle wie in dem andern als stillschweigende Singular-Fideikommisse erhalten.

III. Aber noch mehr! sogar speciell für den gegenwärtigen Fall der institutio ex re certa zeigen die Quellen selbst den von uns behaupteten Weg der totalen Beschränkung auf die res ganz unzweideutig an, indem sie diesen Fall mit gewissen anderen Verfügungen, welche anerkannt diesen Effekt haben, ausdrücklich auf Eine Linie stellen.

1) Die Verfügung, wonach einem Erben ein fideicommissum hereditatis aufgegeben und zugleich eine res certa als Singular-Vermächtniß zugewendet ist, findet sich nicht nur in ganz ausdrücklicher deßfallsiger Anordnung, sondern auch in folgenden mehr oder minder verhüllten Gestalten:

a) der Erblasser legt dem Erben auf, seinen Erbtheil zu restituiren praecepta, deducta, retenta, accepta certa re, quan-

titate vel summa [14]). Durch solche Verfügung kann dem Universalerben die Restitution der ganzen Erbschaft an einen Nichterben, dem Theilerben die Restitution seiner pars hereditaria an einen Nichterben oder Miterben auferlegt sein, und zwar dem Testamentserben im Testamente oder in einem späteren Codicille, dem Intestaterben in einem Intestat-Codicille. Ueberall hier ist das Universal-Fideikommiß ausdrücklich angeordnet, dagegen das Vermächtniß der res certa nur stillschweigends, indem die Worte praecepta etc. certa re als verba fideicommissaria behandelt werden.

b) Einem Erben ist auferlegt: „restituas portionem hereditariam (hereditatem) Titio contentus certa re," was dann ebenfalls wieder im Testamente oder Codicille, zu Gunsten von Miterben oder Nichterben geschehen kann [15]). Auch bei dieser Verfügung ist das Universal-Fideikommiß ausdrücklich, das Vermächtniß einer res nur stillschweigends angeordnet, das Wort contentus gilt als verbum fideicommissarium [16]).

---

[14]) §. 9 J. de fid. her. (2. 23). fr. 13 §. 6 D. de her. pet. (5. 3). fr. 1 §. 8 D. quando de pec. (15. 2). fr. 3 §. 3 D. usur. (22. 1) de fr. 5 §. 15 D. de don. inter vir. (24. 1). fr. 125 D. de leg. I. fr. 77 pr. D. de leg. II. fr. 11 §. 3, fr. 40 §. 1 D. de leg. III. fr. 43 pr. fr. 109 D. de cond. et dem. (35. 1). fr. 90. fr. 91. fr. 93. D. ad leg. Falc. (35. 2) fr. 1 §. 16, 17, 21, fr. 27 §. 14, fr. 30 §. 4, fr. 56, fr. 58 §. 3. fr. 63 §. 3, 5, 6, fr. 72, fr. 78 §. 13 D. ad Sct. Treb. (36. 1). — v. Buchholtz, Prälegate S. 255 ff. — Ueber den Zweck und die praktische Bedeutung dieser Verfügung s. bereits oben S. 109 Note 28, überhaupt war schon in §. 7 unserer Abhdl. vielfach von dieser Verfügung die Rede.

[15]) c. 2 C. de codic. (6. 36): Philippus A et Philippus C. Asclepiodotae. Hereditatem quidem neque dari neque adimi codicillis posse manifestum est; verbis tamen precariis per hujuscemodi etiam novissimi judicii ordinationem jura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem, quam testamento fueris consecuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est. — c. 11 C. ad leg. Falc. (6. 50): Gordianus A. Maximae. Si, ut allegas, pater tuus portionem, ex qua te fecit heredem, fratribus tuis restituere jussit, certisque speciebus pro Falcidia praecepit esse contentam, auxilium legis Falcidiae, quod imploras, apud suum judicem non prohiberis flagitare.

[16]) fr. 11 §. 4 D. de leg. III.

c) Der Erblasser legt im Testamente oder im Codicille einem Erben schlechthin nur folgendes auf: „contentus sis certa re," etwa noch mit dem Zusatze „pro portione hereditatis" [17]), oder „pro omni hereditate" [18]), oder „pro parte tua" [19]), oder „pro hereditate, quam tibi reliqui" [20]). In diesem Falle ist ein Singular- und ein Universal-Fideikommiß bloß stillschweigends angeordnet, d. h. die Verfügung wird, insofern nicht aus besonderen Umständen eine andere Absicht erhellt [21]), so behandelt, als habe der Erblasser verordnet, der Erbe solle die Erbschaft, beziehungsweise seinen Erbtheil an einen Dritten restituiren, die res certa aber als Vermächtniß erhalten. Dabei muß jedoch, wie natürlich, die Person des Dritten, zu dessen Gunsten der Erbe also beschränkt sein soll, aus der Absicht des Erblassers bestimmt erhellen; in dieser Beziehung sind nun dann, wenn einem Theilerben aufgegeben ist, contentus certa re zu sein, schon im Zweifel und selbstverständlich seine ohne gleiche Beschränkung eingesetzten Miterben diejenigen, mit Rücksicht auf welche die ihm auferlegte Beschränkung verstanden und in angegebener Weise realisirt wird.

Alle diese, bereits oben (S. 372) aus den Grundsätzen über stillschweigende Fideikommisse gefolgerten, Sätze werden deutlich ausgesprochen in folgender Stelle:

fr. 69 pr. D. de leg. II. (Papinianus, lib. XIX Quaestionum): Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis: fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis —? Petere poterunt coheredes partem heredi-

---

[17]) c. 2 C. de jure dot. (5. 12).

[18]) fr. 27 §. 1. D. de leg. III.

[19]) fr. 69 pr. D. de leg. II.

[20]) fr. 69 pr. D. cit.

[21]) so in fr. 77 §. 30 D. de leg. II. s. oben Seite 139 Note 10.

tatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si, quum ex asse scripsisset heredem, ejus gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur : peto, pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis decem aureis.

Gerade den Fall einer solchen Anordnung hat nun Justinian vor Augen in den oft erwähnten Worten der Nov. 115 c. 5 pr.:

Si vero quidam heredes nominati fuerint (also als Theilerben sine partibus instituirt sind), etiam si certis rebus contenti esse jubeantur etc.,

und es erhellt nunmehr aus fr. 69 pr. D. cit. unzweifelhaft, daß in diesem Falle der Novelle die partes hereditariae solcher Erben als Universal-Fideikommisse an die ohne gleiche Beschränkung eingesetzten Miterben, die res certae aber an die Ersteren titulo singulari, als Vermächtnisse fallen.

2) Nun ist aber Anordnung einer institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen in der That nichts als der letzte Schritt weiter in Verhüllung der Verfügungen, welche stillschweigends Auferlegung der Restitution des Erbtheils unter Zuwendung eines Singular-Fideikommisses enthalten; es ist wenn auch nicht ganz nach den Worten der Anordnung, doch für den Effekt offenbar dasselbe, ob der Erblasser einem gehörig Eingesetzten den Zusatz macht : contentus esto certa re, oder ob er ihn auf die res geradezu instituirt [22]). Dieß bestätigt sich auch positiv.

---

[22]) In ähnlicher Art haben wir (S. 194—195) die Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae der in einem Testamente unter sämmtlichen Erben angeordneten divisio bonorum gleichgestellt, und diese Gleichstellung in dem Römischen Rechte positiv bestätigt gefunden.

Bei Erörterung von §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und von fr. 29 D. ad Sct. Treb. haben wir (Seite 94 u. 95) gesehen, daß Severus und Antoninus das Rechtsverhältniß des im zweiten Testamente auf eine res certa Instituirten gegenüber den früheren Testamentserben auf die bloße rei mentio hin (ohne daß der Erblasser noch ausdrücklich auf das frühere Testament hingewiesen hat) dahin angeben: „ut contentus rebus sibi datis — hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant.“ Und daß speciell die Anordnung einer institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen auf Eine Linie mit dem Falle, wenn der Testator einen gehörig instituirten Theilerben aufgibt: contentus sis certa re, gestellt wird, erhellt — noch ganz abgesehen von c. 13 C. de her. inst. — aus der Art, wie Julian jene Worte der Nov. 115 cap. 5 pr. wiedergibt (s. oben Seite 350), woraus sich denn weiter ergibt, daß auch für eine solche institutio ex re certa die von Papinian in fr. 69 pr. D. de leg. II angegebene Realisirungsweise der Beschränkung auf die res maßgebend wird.

Durch das Vorstehende ist, wie wir glauben, auf das Vollständigste der Beweis erbracht für die oben (Seite 367) aufgestellte Behauptung: der neben gehörig Eingesetzten ex re certa Instituirte hat in Realisirung seiner Beschränkung auf die res die ihm detracta re geschaffene pars hereditatis als Universal-Fideicommiß an die gehörig Eingesetzten zu restituiren, während er die res als Singular-Vermächtniß erhält. — Diese ganze Behandlung gilt aber, wie jetzt weiter zu bemerken ist, nur für den gewöhnlichen und regelmäßigen, bisher ausschließlich vorausgesetzten, Fall der institutio ex re certa, wenn nämlich der Erbe direkt auf eine res certa eingesetzt ist, und zugleich die gehörig Eingesetzten diejenigen sind, an welche nach dem Willen des Erblassers das Uebrige fallen soll.

Ausnahmsweise kann die Verfügung in der einen oder anderen dieser Beziehungen von dem gewöhnlichen Falle abweichen, wo dann auch ihre juristische Behandlung eine andere als die bisher angegebene sein muß.

1) Es kann sein, der Erbe ist zwar direkt auf eine res certa instituirt, allein er soll nach dem Willen des Erblassers nicht zu Gunsten der gehörig eingesetzten Miterben, sondern zu Gunsten eines dritten Nichterben auf die res beschränkt sein. Dieß möchte nur da vorkommen, wo dem oder den gehörig Eingesetzten certae partes, welche das Ganze nicht erschöpfen, zugewiesen sind, und zugleich der ex re Instituirte auf eine Sache von vergleichsweise unbedeutendem Werthe beschränkt ist, z. B. der Erblasser instituirt den A auf die Hälfte, den B auf eine res certa mit dem Bemerken, daß das Uebrige an den C (welcher nicht instituirt ist) fallen solle. In solchen Fällen bleibt dann die juristische Behandlung dem Grundtone nach dieselbe, wie die oben angegebene, nur daß als Universal-Fideikommissar bezüglich der pars des ex re Instituirten nicht der gehörig Eingesetzte, sondern der dritte Nichterbe in Betracht kommt, während das Vermächtniß der res certa dem auf diese Instituirten aus denselben partes zu entrichten ist, wie da, wo die Miterben als Universal-Fideikommissare erscheinen.

2) Es ist ferner möglich, daß ein Miterbe nicht direkt auf eine res certa, sondern excepta certa re instituirt ist. Die hier eintretende Behandlung richtet sich ganz nach dem bereits an einem früheren Orte (Seite 37 ff., Seite 93 Nummer I) über eine solche institutio ex re certa Bemerkten. Der Erbe behält seine pars hereditaria, und restituirt nur die res excepta (genauer gesagt: den in seiner pars liegenden Theil der res excepta) als Singular-Fideikommiß an die gehörig Eingesetzten. Ein solcher Fall verliert indessen, die stillschweigenden Fideikommisse einmal als gangbare Verfügungen angenommen, in der That fast gänzlich das Ansehen einer institutio ex re

certa, er stellt sich schon seiner Anordnung nach wie eine gehörige Einsetzung dar, verbunden mit einem dem Eingesetzten zu Gunsten der Miterben stillschweigends auferlegten Singular-Fideikommisse. — So nimmt es denn auch das Römische Recht, wie aus folgender hierher gehörigen Stelle hervorgeht:

> fr. 86 pr. D. de leg. II. Papinianus lib. XIII Respons. — Cajus Sejus pronepos meus heres mihi esto ex semisse omnium bonorum, excepta domu mea, et paterna, in quibus habito, cum omnibus, quae ibi sunt. Quae omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere; quaero, quum sit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an haec omnia, quae illic inveniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Paulus: respondi, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia, in ceteris vero nullum praenepoti locum esse.

Der Jurist läßt die ungeachtet der Einsetzung ex semisse hier doch eigentlich vorliegende institutio ex re certa außer aller Rücksicht, er sieht es als selbstverständlich an, daß Cajus Sejus als gehörig eingesetzt gilt, und nur seinen Antheil an den rebus exceptis den Miterben als stillschweigendes Singular-Fideikommiß herauszugeben hat, die Frage beschäftigt sich lediglich damit, was alles zu diesem Fideikommisse gehöre [23]). — Auch wir werden in dem Folgenden des Falles einer institutio excepta certa re nicht weiter gedenken.

Werfen wir zum Schlusse einen Blick auf das in diesem Paragraphen Ausgeführte zurück, so tritt uns, ganz so wie in den beiden vorigen Abschnitten (S. 73, S. 150 ff.), noch fol-

[23]) S. auch oben Seite 66 Note 9, Seite 93 Note 1.

gende rechtshistorische Wahrnehmung entgegen. Die Realisirung der Beschränkung des Instituirten auf die res certa kann erst aufgekommen sein nach bereits erstarkter Fideikommißtheorie[24]), denn sie geschieht nach den Grundsätzen über stillschweigende Fideikommisse. Mit Unrecht aber würde man annehmen, daß darum vorher unser Fall der institutio ex re certa überhaupt nicht als gültig anerkannt gewesen sei; vielmehr, sobald auch nur für Einen der (nur von uns im Interesse wissenschaftlicher Darstellung in verschiedene Abschnitte getrennten) Fälle der Satz anerkannt war: der ex re Instituirte ist Erbe detracta re, galt dieß sicherlich (Seite 140. 141) gleichzeitig für alle Fälle. Das aber war jedenfalls schon zur Zeit des Aquilius Gallus geschehen.

Damals also, und noch lange nachher bekam und behielt der ex re Instituirte auch neben gehörig Eingesetzten die ihm detracta re geschaffene pars hereditaria, sie wurde ihm verwerthet in dem judicium fam. erc., die rei mentio blieb auch für das Bekommen detrahirt. Es gab sonach wirklich eine Zeit, da unser heres keineswegs auf die res certa beschränkt war, und das Römische Recht ließ sich dadurch weder von dem Detrahiren der rei mentio abhalten, noch zu einer anomalen Behandlung bewegen, um dem Eingesetzten nur ja die res, auf welche man heutzutage so gerne Gewicht legt, zu verschaffen.

§. 21.

B. Justinian's const. 13 Cod. de her. inst.

Der Erfolg hat gezeigt, wie der innere Zusammenhang und die Quellen in der That ein reichhaltiges Material bieten, um

---

[24]) Wohl gleichzeitig mit den oben Seite 377 Nummer a—c erwähnten Verfügungen: restituas hereditatem accepta deducta etc. certa re, restituas hereditatem contentus certa re, contentus sis certa re.

mit völliger Sicherheit festzustellen, in welcher Art sich eine neben gehörigen Einsetzungen angeordnete institutio ex re certa, vorerst abgesehen von Justinian's c. 13 C. de her. inst., dem Grundsatze nach gestaltet. Zugleich aber lassen die gewonnenen Resultate nunmehr in sehr einfacher Weise den Sinn dieser Verordnung und ihr Verhältniß zu dem unmittelbar vorhergehenden Rechte erkennen.

Wir führen vorerst die Worte der Constitution dem Leser nochmals vor.

> c. 13 Cod. de her. inst. (6. 24). Imp. JUSTINIANUS A. Mennae P. P. — Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri. Dat. VIII Id. April. Constantinop. Decio V C. Cons. (529).

Dieses Edict enthält, wie der erste Blick zeigt, zunächst bis zu dem Worte referuntur einen einleitenden Theil als Vordersatz, den Fall angebend, für welchen eine Rechtsregel aufgestellt werden soll, sodann folgt mit den Worten eos tantummodo u. s. w. der eigentlich dispositive Theil.

I. Was den einleitenden Theil betrifft, so wird:

1) von dem Kaiser der Fall vorausgesetzt, daß neben gehörig und unbeschränkt Eingesetzten (s. unten Nummer 3) certi ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt.

Die in den angezogenen Worten zuerst genannten Honorirten sind klar und deutlich eigentliche heredes ex re certa instituti, es erhellt also, daß, soweit das Edict diese betrifft, Justinian gerade speciell die uns gegenwärtig interessirende letztwillige Verfügung (institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen) im Auge hat.

Allein es fragt sich: wie sind der Anordnung nach diejenigen aufzufassen, welche certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt?

Hennemann (s. oben S. 330) und nach ihm besonders v. Vangerow [1]) erklären dieselben für solche, welche von dem Testator überhaupt nicht zu Erben eingesetzt, sondern angewiesen seien, sich statt der Einsetzung mit bestimmten Sachen zu begnügen, welchen also der Erblasser ein bloßes Legat hinterlassen habe. Diese Auffassung, offenbar nur entstanden, um die folgenden Worte „quos legatariorum loco haberi certum est“ von den eigentlichen heredes ex re certa gänzlich abzulenken, läßt sich jedoch in keiner Weise rechtfertigen. Vorerst hat dieselbe alle inneren Gründe gegen sich; ein solchergestalt im Hennemann'schen Sinne Honorirter hat entweder ein wirkliches Recht auf heredis institutio, oder er hat kein solches Recht; im ersten Falle wäre es juristisch unstatthaft, ihn statt der gebührenden Erbeseinsetzung mit einem bloßen Vermächtnisse abzufinden (s. auch oben S. 330, Note 3), im zweiten Falle würde sogleich die Frage entstehen: was sollte den Testator dazu bewegen, der Hinterlassung eines Vermächtnisses den Zusatz beizufügen, der Honorirte solle sich damit statt der Einsetzung begnügen? ein solcher Zusatz wäre doch sicher ebensosehr wie die exheredatio eines extraneus [2]) eine res inepta. Außerdem steht jener Deutung die grammatische Auffassung der Worte

---

[1]) Leitfaden für Pand. Vorles. Bd. II, S. 156, Nummer 1.

[2]) fr. 132 pr. D. de verb. obl. (45. 1).

Justinian's entgegen. Einmal nämlich kann, wie schon v. Löhr [3]) hervorgehoben hat, das „pro sua institutione" nicht übersetzt werden: „der X soll mit der und der Sache statt der Erbeseinsetzung zufrieden sein," sondern diesem Ausdrucke würde nur eine wirkliche, aber mit Beschränkung auf eine res versehene Einsetzung entsprechen, er wäre demnach zu übersetzen: „der Eingesetzte X soll sich statt seines Erbtheiles mit bestimmten Sachen begnügen." Ferner bezeichnet Justinian ausdrücklich auch diese Honorirten als zu Erben eingesetzt, die Worte: quoties certi ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt lassen sich nämlich nicht übersetzen: „wenn Einige auf res certae zu Erben eingesetzt sind, oder wenn Einige mit res certae u. s. w. zufrieden sein sollen," sondern sind also wiederzugeben: „wenn einige Erben entweder auf res certae eingesetzt, oder angewiesen sind, sich mit bestimmten Sachen u. s. w. zu begnügen." Das Wort heredes geht auf beide Arten von Honorirten.

Diese richtige grammatische Auffassung öffnet denn zugleich das Verständniß. Das „pro sua institutione" ist nichts als ein anderer Ausdruck für den Zusatz, welcher in anderen Stellen [4]) durch die Worte: „pro portione hereditatis," „pro omni hereditate," „pro parte tua," „pro hereditate, quam tibi reliqui" dem contentus sis certa re für einen wirklich Eingesetzten beigefügt ist. Ueberall hier hat der Testator folgende Anordnung getroffen: „X sei mein Erbe, allein statt dessen, was er ex institutione erhalten würde [5]), begnüge er sich mit der und der res certa."

Gerade der Umstand nun, daß Justinian in dieser Verordnung die neben gehörig Eingesetzten ex re certa Instituirten

---

[3]) In v. Linde's Zeitschr. Bd. XIX, S. 80. 81.

[4]) S. oben Seite 379, Note 17—20.

[5]) S. auch oben Seite 269 in der Note.

auf Eine Linie stellt mit denjenigen, welche zwar gehörig eingesetzt, aber angewiesen sind, sich mit bestimmten Sachen zu begnügen, wird für die Aufhellung der rechtlichen Gestaltung unserer institutio ex re certa von entscheidender Wichtigkeit. Schon diese gesetzliche Gleichstellung nämlich führt darauf hin, daß beide Verfügungen, obwohl den Worten ihrer Anordnung nach etwas verschieden, doch auf ein und denselben Effect hinzielen, und darum hinsichtlich des Bekommens dieselbe Construktion, dieselbe juristische Wirkung haben müssen. Diese Wirkung findet sich aber für denjenigen Eingesetzten, welcher certis rebus contentus sein soll, von den Quellen positiv und ausdrücklich angegeben; wir wissen (s. oben Seite 379 ff.) aus fr. 69 pr. D. de leg. II und noch für die Zeit nach c. 13 C. de her. inst. aus Nov. 115 cap. 5 pr., daß derselbe wahrer Erbe ist, wir wissen ferner aus fr. 69 pr. cit., daß sich seine Beschränkung auf die res certa dahin realisirt: er hat seine pars hereditaria den unbeschränkt eingesetzten Miterben als fideicommissum hereditatis zu restituiren („pro sua institutione" ist der juristischen Behandlung dieser und ähnlicher Worte nach nichts als ein anderer Ausdruck für „restituas portionem"), und erhält die res certa als Singular-Vermächtniß. Ganz dieselbe Behandlung, so durfte man schon aus Justinian's Gleichstellung schließen, gilt daher auch für unsere institutio ex re certa, und es ist in der That zu verwundern, daß die gemeine Meinung, indem sie im Gegensatz zu der Hennemann'schen diejenigen, welche contenti certis rebus pro sua institutione jussi sunt, dem Sinne der Anordnung nach richtig auffaßt, doch durch Nichtberücksichtigung von fr. 69 pr. D. cit. die juristische Behandlung dieser Anordnung übersehen hat, und somit auch nicht darauf aufmerksam geworden ist, daß ganz dieselbe Behandlung bei unserer institutio ex re certa gelten müsse.

Für uns aber, die wir bereits aus anderen Gründen, unabhängig von c. 13 Cod. de her. inst., die Behandlung der institutio ex re certa und das rechtliche Gleichstehen dieser Verfügung mit dem Falle, wenn der Testator dem gehörig eingesetzten Theilerben aufgegeben hat, certis rebus contentus zu sein, ermittelt haben, dient die in gegenwärtiger Constitution ersichtliche Gleichstellung beider Anordnungen nur zur Bestätigung der bereits in dem vorigen Paragraphen gewonnenen Resultate. Auch bestätigt sich durch diese Verordnung die schon früher (S. 350) auf Vergleichung von Nov. 115 cap. 5 pr. mit Julian's Auszug aus dieser Novelle gemachte Bemerkung, daß das Römische Recht beide beschränkte Einsetzungen selbst ihrer Anordnung nach unbedenklich als ein und dieselbe Verfügung ansieht, denn wir bemerken, daß Justinian nachher in dem dispositiven Theile von c. 13 C. de her. inst. nur noch die heredes ex re certa scripti ausdrücklich nennt, während doch das Gesagte ebenso von Denjenigen gilt, welche certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt.

2) Unmittelbar an die unter Nummer 1 erörterten Worte reiht Justinian die Bemerkung: „quos legatariorum loco haberi certum est."

Hennemann und nach ihm besonders v. Vangerow, die Ansicht theilend, daß mit dem „legatariorum loco" wirkliche und reine Vermächtnißnehmer gemeint seien, wollen, um ein solches Resultat von dem eigentlichen heredes ex re certa instituti fern zu halten, diesen Zwischensatz lediglich auf die unmittelbar vor demselben Genannten, welche certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, beziehen. Eine solche Beschränkung erscheint indessen schon grammatisch als eine gezwungene, selbst wenn man mit Roussard quo statt quos lesen wollte [6]), sie entbehrt aber überdieß jeder inneren Rechtfertigung,

---

[6]) Roussard erklärt dieses quo mit propter quod. Einen verschiede-

indem diese Honorirten, wie wir wissen, nach Anordnung und rechtlicher Behandlung in der That als wahre Erben dastehen. Vielmehr ist, was auch immer die gemeine Meinung war, das „quos legatariorum loco haberi certum est" ganz gleichmäßig auf beide vorangestellte Arten von Honorirten zu beziehen. Allein was bedeuten diese Worte? Diejenigen, welche unserem heres ex re certa die Erbenqualität völlig absprechen, haben in denselben von jeher den klaren gesetzlichen Beweis ihrer Ansicht zu finden geglaubt; dieß auf die Annahme hin, der Kaiser sage hier, es sei gewiß, daß jene Honorirten wirkliche und reine Legatare seien. Von dieser Auffassung aber hätte schon der bloße Inhalt der vorliegenden Verordnung abhalten sollen. Einmal hätte dann der Kaiser dieselben wohl nicht bloß legatariorum loco [7]), sondern geradezu legatarios genannt, dann aber und hauptsächlich wirft sich doch unabweisbar die Frage auf: wie hätte es, wenn ihre reine Legatarien-Eigenschaft bereits ausgemachten Rechtens war, noch eines besonderen Edikts bedurft, um sie von den actiones hereditariae auszuschließen, an welchen sie dann doch schon vorher nach allgemeinen Grund-

---

nen Sinn geben beide Lesarten im Wesentlichen nicht; die Lesart quos möchte übrigens schon darum vorzuziehen sein, weil sie besser correspondirt mit dem nachfolgenden qui pro veterum etc., womit die unbeschränkt Eingesetzten charakterisirt werden.

[7]) Doch soll hierauf kein zu großes Gewicht gelegt werden. Allerdings bezeichnet, worauf Deurer (Grundriß für äußere Geschichte und Institutionen des R. R. §. 182, Anmerk. 1 S. 324) aufmerksam macht, das in den Quellen häufig und technisch vorkommende Wort loco (filiae loco servi, postumorum, heredis, pignoris u. s. w. loco) einen dem im Genitiv genannten nur ähnlichen Zustand; allein in dem vorliegenden Falle dürften wir daraus, daß hiernach der beschränkt Eingesetzte nicht wirklicher Legatar ist, noch nicht folgern, daß er darum Erbe sei; indem auch derjenige, welchem die Erbschaft ex Scto Pegasiano restituirt wurde, und der dann doch wirklich ein bloßer Singular-Successor war, nur legatarii (partiarii) loco genannt wird. §. 3. 5. 6. J. de fid. her. (2. 23). Gaj. II. §. 251. 252. 354. Ulp. Fr. XXV §. 14.

sätzen [8]) weder aktiven noch passiven Antheil gehabt haben würden?

Mit Recht deuten daher Andere jene Worte dahin, die beschränkt Eingesetzten, obwohl in Wirklichkeit Erben, seien im Effekte des Bekommens den Legatarien gleichzuachten. Unklar aber und unsicher blieb man bis jetzt in der civilistischen Rechtfertigung dieses Effekts, was auch in der That nicht zu verwundern ist, insofern man die Aufklärung lediglich aus der Verordnung selbst erwartet. Indem Justinian die endliche Stellung der beschränkt Eingesetzten durch „quos legatariorum loco certum est“ nur charakterisirt, setzt er selbstverständlich die Art und Weise der juristischen Realisirung dieses Effektes als aus dem bisherigen Rechte bekannt voraus; auch der Interpret muß daher mit diesem Rechte bereits vertraut sein, wenn er den Sinn jener Charakteristik richtig auffassen soll.

In dieser Rücksicht haben wir denn durch die Erörterungen des vorigen Paragraphen, ganz unabhängig von der gegenwärtigen Verordnung, einen völlig sicheren Boden gewonnen. Beide Anordnungen realisiren sich, wie wir wissen, dahin: der Eingesetzte hat seine pars hereditaria (der heres ex re certa insbesondere die ihm detracta re geschaffene pars) den Miterben als Universal-Fideikommiß zu restituiren, während er die res certa als stillschweigendes Singular-Fideikommiß erhält. Sowie nun ein jeder Fiduciar restituta hereditate, so hört auch unser heres ex re certa, und ebenso der Eingesetzte, welcher certis rebus pro sua institutione contentus esse jussus est, nachdem seine pars an die Miterben restituirt ist, zwar nicht auf, Erbe zu sein [9]), wohl aber wird er rücksichtlich der Vermögensverhältnisse nicht mehr praktisch als Erbe behandelt, namentlich hat er keinen wirksamen Antheil mehr an den actiones hereditariae, indem

---

[8]) c. i. C. si certum petatur (4. 2). S. oben S. 157 Note 15.

[9]) §. 3 J. de fid. her. (2. 23): restituta hereditate is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet.

für und gegen ihn die exceptio restitutae hereditatis stattfindet[10]); andrerseits erhält er, wie derjenige, welcher hereditatem restituere jussus est deducta, praecepta u. s. w. certa re[11]), die res certa nunmehr als quasi ex legato acquisita, indem diese Zuwendung zwar nicht ihrer ausdrücklichen Anordnung nach, wohl aber vermöge juristischer Construktion als Vermächtniß in Betracht kommt. Sonach bleibt er in dem endlichen Effekte zwar Erbe, allein das Vermögen anlangend tritt er, in keiner Weise mehr praktisch als Erbe behandelt, aus dem ganzen Verhältnisse wie ein Vermächtnißnehmer heraus, wie wir denn früher (Seite 123) mit ganz ähnlichen Worten das endliche Resultat auch für den Fall bezeichnet haben, da nur ein einziger Erbe eingesetzt, aber zu Gunsten eines bestimmten Dritten auf eine res certa beschränkt ist; was dort für den einzigen Erben gilt, wiederholt sich hier für den beschränkt eingesetzten Miterben.

Hierdurch erhalten denn die so vielfach besprochenen Worte „quos legatariorum loco haberi certum est" ihre einfache Erledigung als Charakteristik der Stellung der beschränkt Eingesetzten nach der Restitution ihrer pars hereditaria an die Miterben. Der Kaiser war berechtigt, den von uns angegebenen Effekt als etwas nach dem bestehenden Rechte Gewisses (certum est) hinzustellen[12]), er war ebenso berechtigt, ihn dahin auszudrücken, die beschränkt Eingesetzten seien legatariorum loco. Ganz parallel damit nennen die Quellen, wie bekannt, den Universal-Fideikommissar in seinem Verhältnisse nach der an ihn geschehenen

---

[10]) fr. 1 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1). fr. 27 §. 7 D. eod.: qui ex Scto Trebelliano hereditatem restituit, sive petat a debitoribus hereditariis, sive ab eo petatur, exceptione restitutae hereditatis adjuvari vel summoveri potest.

[11]) §. 9 J. de fid. her. (2. 23).

[12]) Bezeichnet es ja schon Gordian in c. 1 C. Greg. fam. erc. als etwas Unzweifelhaftes (in dubium non venit), daß unser heres ex re certa auf die res beschränkt werde, s. oben Seite 366.

Restitution heredis loco [13]), indem derselbe, an sich ein Vermächtnißnehmer, und auch restituta hereditate nicht wirklicher Erbe geworden, doch von da an in den Vermögensbeziehungen praktisch als Erbe behandelt wird [14]). Und in der That sind in unserem gegenwärtigen Falle die unbeschränkt Eingesetzten, soweit die pars des auf die res Beschränkten an sie restituirt ist, heredis loco geworden, während sie wirkliche heredes fortwährend nur zu den ihnen ursprünglich und direkt deferirten partes hereditariae bleiben.

Uebrigens ist nun auch von selbst klar, daß, was insbesondere die institutio ex re certa neben gehörig Eingesetzten betrifft, die Verordnung nur den hauptsächlichen und eigentlichen Fall derselben (Einsetzung direkt auf eine res, sodaß der Eingesetzte diese Sache erben soll) vor Augen hat, nicht auch die Fälle, wenn der Testator mit der rei mentio nur eine demonstratio partis hereditariae beabsichtigt (S. 365 Note 2), oder aber einen der Erben excepta certa re instituirt hat (S. 382 Nr. 2); denn in diesen Fällen wird der Eingesetzte im Effekt nicht legatarii loco, er bleibt hier fortwährend auch praktisch Erbe nach Verhältniß seiner pars hereditaria.

3) Weiter erhellt nunmehr, wie es zu verstehen ist, wenn Justinian unmittelbar nach den Worten quos — certum est die gehörig und unbeschränkt Eingesetzten also bezeichnet: „alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur." Der Kaiser drückt damit den Gedanken aus, es seien das diejenigen Erben, welche (im Gegensatze zu denjenigen, die im Effekte legatariorum loco werden) nach Verhältniß ihrer (von dem Testator zugewiesenen, oder für die sine

---

[13]) Gaj. II. §. 251. 252. — §. 3. 4. 6. J. de fid. her. (2. 23). fr. 44 §. 1 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[14]) §. 4 J. de her. (2. 23). fr. 1 §. 2, fr. 27 §. 7, fr. 40 pr. fr. 47 fr. 64 pr. D. ad Scd. Treb. (36. 1).

parte scripti durch Rechnung zu ermittelnden) unciae fortwährend auch praktisch als Erben behandelt werden.

Dieß war denn in dem älteren Rechte und bis zu dem Sct. Trebellianum unbedingt bei allen Erben der Fall [15]. Von da an aber und überhaupt seit erstarkter Fideikommißtheorie findet sich in den letztwilligen Verfügungen (Testamenten wie Codicillen) das quale und quantum des materiellen Bekommens für die erwarteten Erben mehr oder weniger von dem Erblasser selbst, unabhängig von den partes hereditariae, geregelt. Sowie wir in dem zweiten Abschnitte gesehen haben, daß der Erblasser häufig für seine sämmtlichen Erben das materielle Bekommen durch Anordnung einer divisio bonorum oder von institutiones ex re certa bestimmt, wo dann freilich bei der gleichen Lage aller Erben ein Jeder fortwährend auch praktisch pro rata hereditaria Erbe bleibt, und die res certae nur als Vermächtnisse erhält, so zeigt uns die ganze Lage der Quellen, wie es sehr gewöhnlich wurde, den einzigen Erben oder einen oder mehrere der Miterben für den Effekt auf bestimmte Vermögensgegenstände anzuweisen, was sich dann immer dahin realisirt, daß dieser Erbe seine pars hereditaria als Universal-Fideikommiß an denjenigen, mit Rücksicht auf welchen er beschränkt ist, zu restituiren hat, die res certa aber als Singular-Vermächtniß erhält, und sonach im Resultate legatarii loco wird, sei es, daß der Erblasser beides, Universal-Fideikommiß und Singular-Vermächtniß ausdrücklich und formell als solches angeordnet hat, oder daß (wie bei den in unserer Verordnung angegebenen beschränkt Eingesetzten) das von ihm nur dem Effekte nach Bezeichnete vermöge juristischer Construktion auf den Grund stillschweigender Fideikommisse in genannter Art realisirt wird.

---

15) d. h. eine Anordnung des Erblassers konnte nicht bewirken, daß der Erbe praktisch nicht dauernd als Erbe behandelt werde, die Fälle, in welchen er als unabhängig von dem Willen des Erblassers nach Rechtssatz nichts als das inane nomen heredis behält, (z. B. wegen Conkurrenz mit einem bonorum possessor cum re, wegen Indignität, u. s. w.) berühren uns hier nicht.

II. Nachdem sich durch das Bisherige der Vordersatz unserer Constitution an der Hand der im vorigen Paragraphen gewonnenen Resultate auf das Vollständigste erläutert hat, wenden wir uns nunmehr zu dem dispositiven Theile der Verordnung. Derselbe lautet dahin: nur die gehörig und ohne Beschränkung auf res Eingesetzten sollen „omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri, nec aliquam deminutionem earumdem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri.“

1) Vor Allem fragt es sich: was ist unter diesen actiones hereditariae zu verstehen? Gewöhnlich bezieht man dieselben auf die Klagen aus den in der Erbschaft enthaltenen Forderungen und Schulden, an diesen also, sagt man, sollen die beschränkt Eingesetzten keinen Antheil haben. Allein der Begriff von actiones hereditariae fordert, wie wir glauben, eine genauere Bestimmung.

Allerdings ist es das Gewöhnliche, daß in den Quellen actiones hereditariae die Klagen aus (transmissibeln) Obligations-Verhältnissen[16]) der Erbschaft genannt werden, also einerseits Klagen, welche dem Erben als solchen gegen die Erbschaftsschuldner (debitores hereditarii)[17]), andrerseits Klagen, welche gegen den Erben als solchen den Erbschaftsgläubigern (creditores hereditarii)[18]) zustehen, beides unter der natürlichen Voraussetzung, daß die Obligation als wirklich zur Erbschaft gehörig betrachtet werden kann, d. h. daß sie wenigstens ihrem

---

[16]) Dieß zeigt sich auch in Inhalt und Stellung des Codextitels de act. hereditariis (4. 16); dieser enthält nur Klagen aus Obligationsverhältnissen und befindet sich mitten unter Titeln, welche das Obligationenrecht betreffen.

[17]) z. B. fr. 13, §. 15, fr. 14, fr. 15 D. de her. pet. (5. 3). fr. 2 §. 8 D. de her. vel act. vend. (18. 4.) c. 3. 4 Cod. de act. her. (4. 16.)

[18]) z. B. fr. 13, fr. 45 §. 2 D. de neg. gest. (3. 5). fr. 34 §. 6 D. de leg. II. fr. 4 §. 22 D. de fid. libert. (40. 5). c. 1. 2. 3. 5. 6. 7. C. de act. her. (4. 16).

Keime nach [19]) entweder schon bei Lebzeiten des Erblassers, oder zwar erst nach seinem Tode aber vor angetretener Erbschaft, also in der hereditas jacens [20]) begründet, und eben darum durch die Erbschaft [21]) dem Erben aktiv und passiv erworben ist, während eine erst nach dem Erbschaftserwerb für den Erben entstehende Obligation keine actio hereditaria, sondern eine propria ipsius heredis actio erzeugt [22]).

Was dagegen die Klagen aus den übrigen, also den dinglichen Vermögensverhältnissen betrifft, so sind allerdings die gegen den Erblasser begründet gewesenen dinglichen Klagen keine actiones hereditariae, aus dem einfachen Grunde, weil diese sich überhaupt nicht passiv vererben [23]). Wohl aber gehört un-

---

[19]) siehe z. B. fr. 84 D. ad leg. Falc. (35. 2). fr. 7. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5).

[20]) fr. 36. §. 2 D. de her. pet. (5. 3). fr. 1 §. 6 u. 7 D. de injur. (47. 10).

[21]) fr. 1 §. 6 D. de injur. (47. 10). Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est, heredi quodammodo factam; semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare, quoties autem ante aditam hereditatem, magis hereditati, et sic heredi per hereditatem acquiri. Denique Julianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum sit, acquiri hereditati actiones, dubium non esse. Idemque putat, et si ante hereditatem servo hereditario injuria facta fuerit, nam per hereditatem actio heredi acquiretur.

[22]) fr. 36 §. 2 D. de her. pet. (5. 3). fr. 1 §. 6 D. de injur. (47. 10). fr. 2. §. 8 D. de her. vel act. vend. (18. 4). — Ebenso wird in fr. 1 §. 26 D. si quid in fraud. cred. (38. 5) von der Klage des Patrons auf Revokation dessen, was in fraudem ejus alienirt ist, gesagt: non est hereditaria, i. e. ex bonis liberti, sed propria patroni.

[23]) Dingliche Klagen fordern in der Person des beklagten Individuums eine Nichtanerkennung, sei es wirklichen Besitz oder (bei der confessoria und negatoria actio) einen wirklich störenden Zustand, dieser aber als reines Faktum geht nicht auf den Erben über; nur wenn auch der Erbe selbst sich in demselben Zustande der Nichtanerkennung befindet, haftet er, dann aber nicht als Erbe, sondern als Besitzer oder Störer. fr. 42, fr. 55 D. de rei vind. (6. 1). Daß dieß anders da ist, wo der Erblasser dolo malo possidere desiit, oder sonst persona defuncti aliquid commissum est, erklärt sich

serer Ansicht nach zu den actiones hereditariae die Geltendmachung der in der hereditas enthaltenen dinglichen Rechte. Dieß scheint sich zunächst durch folgendes zu erweisen. In fr. 18 §. 2 D. de her. pet. (5. 3) sagt Ulpian: „nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione [24]): et placuit, universas res hereditarias in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora sint; unmittelbar darauf wird Ulpian's Deduktion unterbrochen durch das folgende fr. 19 D. eod. (entnommen aus Paulus ad Edictum), dann aber in fr. 20 D. eod. wieder aufgenommen, wo es dann in §. 4 dieses Fragments heißt: „quum praediximus, omnes hereditarias actiones in hereditatem venire.“ Dieses praediximus bezieht sich offenbar auf das in fr. 18 §. 2 D. cit. Angegebene; wenn nun in letzterer Stelle gesagt wird, mit der hereditatis petitio könnten alle res hereditariae, sive jura, sive corpora sint, geltend gemacht werden, dieß aber in fr. 20 §. 4 D. cit. mit omnes hereditariae actiones wiedergegeben wird, so erhellt doch daraus (obwohl der fernere Verlauf der letzteren Stelle nur eine Forderungsklage im Auge hat) sicherlich, daß zu den actiones hereditariae auch die Geltendmachung der corpora hereditaria, überhaupt der transmissiblen dinglichen Rechte gehört. — Ferner ist durchaus kein innerer Grund ersichtlich, warum die actiones hereditariae lediglich auf die Geltendmachung der in der hereditas enthaltenen Obligationsverhältnisse beschränkt werden sollten; finden wir doch auch bei der Cession den Ausdruck actiones praestare für Abtretung dinglicher [25]) wie persönlicher Klagen gebraucht. — Dazu kommt aber wesentlich noch

---

einfach; die Klage ist hier, obwohl sie in rem heißt, in der That eine Forderungsklage ex delicto, und vererblich soweit wie diese überhaupt. fr. 42 D. cit. fr. 52 D. eod. v. Savigny System, Bd. V S. 203.

[24]) Die hereditatis petitio selbst ist keine actio hereditaria, wie sich weiter unten zeigen wird.

[25]) fr. 21, fr. 63 D. de rei vind. (6. 1). fr. 35 §. 4 D. de contr. emt. (18. 1).

folgendes: in einer Reihe von Stellen, welche von der Restitution der Erbschaft ex Scto Trebelliano handeln, werden die Wirkungen dieser Restitution dahin bezeichnet: es würden übertragen, es gingen über die actiones hereditariae [26]). Nun aber gehen durch Restitution der Erbschaft ex Scto Trebelliano bekanntlich nicht bloß Forderungen und Schulden, sondern überhaupt die Vermögensverhältnisse des Verstorbenen utiliter über, es findet eine successio per universitatem statt, wofür das Uebergehen der actiones hereditariae nur ein anderer Ausdruck ist. Folglich können hier mit actiones hereditariae nicht bloß die Klagen aus Forderungen und Schulden, es müssen die Klagen aus den transmissiblen Vermögensverhältnissen des Erblassers überhaupt verstanden sein [27]).

Man ist daher sicherlich vollkommen berechtigt, den Begriff der actiones hereditariae dahin aufzustellen: es sind die Klagen aus allen transmissiblen aktiven wie passiven Vermögensverhältnissen, welche (weil wenigstens ihrem Keime nach entweder schon bei Lebzeiten des Erblassers oder doch während der hereditas jacens begründet) in der Erbschaft enthalten sind, und darum durch die Erbschaft für und gegen den Erben als solchen zustehen (per hereditatem heredi et in heredem competunt) [28]).

---

[26]) actiones hereditariae (oder auch actiones schlechthin, oder omnes actiones, quae heredi et in heredem jure civili competerent, oder actiones, quae in heredes heredibusque dari solent) transferuntur, oder competunt ei et in eum (sc. fideicommissarium), dantur ei et in eum, transeunt ad eum et contra eum. Gaj. II. §. 253. 255. Ulp. Fr. XXV §. 14. 16. Paul. sent. rec. IV tit. 2, tit. 3 §. 2. — §. 4. 6. 7. 9. J. de fid. her. (2. 23). fr. 1 §. 2, fr. 30 §. 3. fr. 37 pr. D. ad Sct. Treb. (36. 1) und viele andere Stellen.

[27]) Auch in andern Verhältnissen wird das Zustehen von actiones hereditariae ganz allgemein von dem Geltendmachen erbschaftlicher Rechte überhaupt gesagt. fr. 8. §. 6 D. de cond. inst. (28. 7). fr. 22 D. de adim. leg. (34, 4).

[28]) Außerdem finden wir von den Klagen des Legatars gegen den Erben gesagt: hereditariarum actionum loco habentur et legata,

Ist dieß richtig, so dürfen wir noch einen Schritt weiter gehen, und behaupten: der Ausdruck actiones hereditariae ist nur eine andere Bezeichnung für res hereditariae in jenem Sinne des fr. 18 §. 2 D. cit., also für die in der Erbschaft enthaltenen Vermögensverhältnisse selbst, hergenommen von der Geltendmachung derselben, wie sich dies namentlich aus dem oben angeführten Sprachgebrauche bezüglich der Wirkung der Restitution ex Trebelliano ergibt.

Ferner erhellt, daß actiones hereditariae nur Denjenigen angehen, auf welchen die res hereditariae jure hereditario, also titulo universali übergegangen sind, denn nur bei dem Universal-Successor als Repräsentanten behalten die in der Erbschaft enthaltenen Rechtsverhältnisse ihre bisherige Beziehung

---

quamvis ab herede coeperint. fr. 40 D. de obl. et act. (44. 7). Sie sind also keine wirklichen actiones hereditariae, eben weil sie erst in der Person des Erben ihren Anfang nehmen, während der Erblasser und noch die hereditas jacens zu nichts verpflichtet war (in fr. 34 §. 6 D. de leg. II wird das onus legatorum geradezu den actiones hereditariae entgegengesetzt); sie sind ihnen aber offenbar dadurch ähnlich, daß sie mit Willen des Erblassers auf der Erbschaft ruhen; hereditas eos obligat, heißt es in fr. 17 D. de duobus reis (45. 2) von dem mit Legaten belasteten Erben.

Dagegen ist keine actio hereditaria die hereditatis petitio. Allerdings hat derjenige, für und gegen den die actiones hereditariae nicht begründet sind, auch nicht die hered. petitio, allein durch sie macht der Kläger nicht Rechtsverhältnisse des Erblassers und der Erbschaft, sondern seine eigne Stellung zur Erbschaft geltend, und nur in Folge davon erhält er von dem possessor hereditatis die res hereditariae, welche allerdings auch mit actiones hereditariae (fr. 18 §. 2, fr. 20 §. 4 D. de her. pet. s. oben S. 397) einzeln von ihm geltend gemacht werden könnten.

Ebensowenig gehört zu den actiones hereditariae die actio familiae erciscundae; diese setzt zwar Erbenqualität voraus, steht aber dem Erben nicht per hereditatem zu, kommt nicht ex persona defuncti, macht keine Rechtsverhältnisse der hereditas geltend, sondern hat den Zweck, die Verhältnisse unter den Miterben, das e communione discedere, die personales praestationes zu realisiren; sie ist daher keine selbstverständige Folge der Beerbung, steht nicht einem jeden Erben als solchem zu, sondern setzt ein Miterben-Verhältniß voraus, und ist erst durch eine besondere Bestimmung (der zwölf Tafeln fr. 1 pr. D. fam. erc.) eingeführt.

zu dem Erblasser und zur hereditas. Ob dagegen der Universal-Successor wirklicher heres oder nur heredis loco (wie der bonorum possessor und der Universal-Fideikommissar restituta hereditate) ist, bewirkt lediglich den Unterschied, daß die actiones hereditariae dort direkt, hier nur utiliter begründet sind [29]; wohl aber wird zu einem wirksamen Antheil an den actiones hereditariae erfordert, daß der Universal-Successor (heres oder qui heredis locum obtinet) auch wirklich praktisch als Erbe behandelt wird, m. a. W. daß sein Recht nicht (wie z. B. bei dem bon. possessor sine re, oder dem Fiduciar restituta hereditate) unwirksam ist, indem sonst exceptiones für und wider ihn stattfinden [30].

Aus dem Gesagten ergibt sich andrerseits, daß die actiones hereditariae für und gegen einen successor mortis causa in zwei, aber wesentlich von einander verschiedenen, Fällen nicht begründet sind: den bloßen Singular-Successor gehen sie schon an sich nicht an, den Universal-Successor, welcher nicht oder nicht mehr praktisch als solcher behandelt wird, gehen sie nicht wirksam an.

2) Es entsteht nunmehr die Hauptfrage: welchen juristischen Sinn hat in der vorliegenden Constitution die Bestimmung: die actiones hereditariae sollen aktiv wie passiv lediglich die unbeschränkt Eingesetzten angehen, und keine Verminderung dieser Klagen solle durch die Conkurrenz der mit Beschränkung auf res Instituirten eintreten?

Auch dieß wieder läßt sich offenbar ebensowenig wie die Bedeutung des obigen „quos legatariorum loco haberi certum est“ bloß aus den Worten der Verordnung selbst ermitteln, sondern

---

[29]) Ulp. Fr. XXVIII §. 12. Gaj. II. §. 253. — §. 4 J. de fid. her. (2. 23).

[30]) fr. 1 §. 3 D. de his, quae in test. delentur (28. 4). fr. 25 D. de bon libert. (38. 2). fr. 15 D. de obl. et act. (44. 7). fr. 1 §. 4, fr. 27 §. 7 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

nur durch Zusammenhalten derselben mit der Art und Weise, wie sich in dem unmittelbar vorhergehenden Rechte das Verhältniß gestaltete.

Vor Justinian nun wurde, wie wir wissen, die Beschränkung auf die res dadurch realisirt, daß der beschränkt Eingesetzte, während er die res als Vermächtniß erhielt, seine pars hereditaria an die Unbeschränkten zu restituiren hatte. War diese Restitution geschehen, und er dadurch legatarii loco geworden, dann allerdings hatte er keinen praktischen Antheil mehr an den actiones hereditariae, derselbe war nunmehr utiliter an die unbeschränkt Eingesetzten übergegangen. Allein jene Restitution mußte (wie die Regel für jedes Universal-Fideikommiß ist) auch wirklich und in der That vorgenommen sein; in Bezug auf denjenigen, welcher contentus pro sua institutione certis rebus sein soll, sagt Papinian in fr. 69 pr. D. de leg. II ausdrücklich: petere poterunt coheredes etc., und bezüglich des heres ex re certa institutus ersehen wir aus jenem Rescripte Gordian's (S. 355 ff.), daß die Beschränkung auf die res, also auch die Vornahme der Restitution, erst in dem judicium fam. erc. realisirt wurde, wiewohl sie ohne Anstand auch außergerichtlich und überhaupt in derselben Weise, wie bei jedem Universal-Fideikommiß [31]) bewirkt werden konnte. Vor und bis zu wirklich vorgenommener Restitution hatte der beschränkt Eingesetzte unbedenklich einen wirksamen Antheil an den actiones hereditariae, er konnte pro rata die debitores hereditarii belangen und von den creditores hereditarii belangt werden [32]), und nur das verstand sich, daß er nach Restitution seines Erbtheils das von ihm an die Erbschaftsgläubiger vorher etwa wirk-

---

[31]) fr. 37 pr. fr. 65 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[32]) fr. 27 §. 7 D. ad Sct. Treb. (36. 1). — — Sed antequam restitueretur hereditas, exceptione aliqua heres adjuvandus non est, quum hoc minus ex causa fideicommissi sit restitutus. S. auch fr. 104 D. de solut. (46. 3).

lich Gezahlte von den Miterben ersetzt verlangen konnte[33]), und ebenso das von den Erbschaftsschuldnern etwa Erhaltene diesen Miterben herausgeben mußte[34]). Alles dieß ganz unzweifelhaft, denn es wird durch die allgemeinen Grundsätze über die Stellung eines Fiduciars ante restitutam hereditatem mit Nothwendigkeit gefordert. — Für die Zeit zwischen dem Erbschaftserwerbe des beschränkt Eingesetzten bis zur Restitution seiner pars also fand damals für die unbeschränkt Eingesetzten allerdings eine deminutio actionum hereditariarum statt, selbst bezüglich des eigentlichen heres ex re certa scriptus wurde in dieser Zwischenzeit ein praktischer Gebrauch von der ihm durch bloße juristische Construktion (detracta re) geschaffenen pars hereditaria gemacht.

Vergleichen wir mit diesem Zustande unmittelbar vor c. 13 C. de her. inst. die Bestimmung dieser Verordnung, so erhellt vorerst folgendes: unmöglich wollte Justinian aussprechen, daß von jener wirklich vorgenommenen Restitution an nur die unbeschränkt Eingesetzten Antheil an den actiones hereditariae haben sollten; er hätte dann lediglich bisher schon geltendes, selbstverständliches Recht ausgesprochen, dazu bedurfte es in der That nicht noch eines besonderen Ediktes; überdieß aber sagt der Kaiser ausdrücklich: nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri, worin offenbar liegt, es solle zu keiner Zeit eine solche deminutio stattfinden.

Daraus geht denn deutlich hervor, daß Justinian bestimmt, es sollen schon von vornherein nur die unbeschränkt Eingesetzten Antheil an den act. her. haben und sonach enthält die Verordnung wirklich etwas Neues. Allein welchen juristischen Sinn hat diese Neuerung?

---

[33]) arg. c. 1 C. ad Sct. Treb. (6. 49).
[34]) arg. fr. 47 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

Auf den ersten Blick könnte man zu der Annahme geneigt sein, Justinian habe hier die unbeschränkt Eingesetzten, indem er ausschließlich ihnen das Charakteristische der Erbenqualität, die Theilnahme an den act. her. zuspreche, zu alleinigen Erben erhoben, den daneben beschränkt Eingesetzten aber durch Ausschluß von diesem Charakteristischen die Erbenqualität abgesprochen, sodaß dieselben, obwohl bis dahin wahre Erben und nur restituta hereditate im Effekte legatariorum loco behandelt, doch jetzt durch diese Verordnung zu wirklichen und reinen Vermächtnißnehmern herabgesetzt seien.

Diese Auffassung wäre aber sicher eine unrichtige. Einmal ist es im Geiste des römischen Erbrechtes und der noch im neuesten Justinianeischen Rechte so hochstehenden Bedeutung der Erbenqualität schon an sich ganz unglaublich, daß der Kaiser, um nur ja die Beschränkung auf die res certa recht vollständig und von Anfang an zu effektuiren, den von dem Testator, wenn auch auf res beschränkt, doch zu wirklichen heredes Instituirten die Erbenqualität, also das Werthvollste, entzogen haben sollte; auch würde er eine solche Usurpation dann gewiß mit ganz anderen Worten verkündigt haben. Sodann aber ist uns bekannt, daß Justinian noch lange nach dieser Verordnung in Nov. 115 cap. 5 pr. (vergl. mit Julian's epitome dieser Stelle) für den heres ex re certa scriptus wie für den heres, welcher certis rebus contentus esse jussus est neben unbeschränkt Eingesetzten unzweideutig dadurch wahre Erbenqualität anerkennt, daß er in dieser Art honorirte Ascendenten und Descendenten für gültig instituirt erklärt.

Das also ist jedenfalls gewiß: zu reinen Vermächtnißnehmern hat Justinian die beschränkt Eingesetzten nicht herabgesetzt, sie bleiben auch nach dieser Constitution wahre Erben. Aber, so ließe sich weiter fragen, hat der Kaiser durch seine Verordnung dann die wirkliche Anomalie in das Leben gerufen, daß er Erben schafft, welche schon von Haus aus und selbst

in thesi keinen Antheil an den actiones hereditariae haben? Auch diese Annahme wäre sicher ungegründet, ebenso wie die, daß die res certa nunmehr zu einer Erbportion des darauf Instituirten umgewandelt worden sei. Eine Anomalie dürfen wir nicht annehmen, solange noch eine constructionsgerechte und an das bisherige Recht sich anschließende Erklärung möglich ist. Eine solche Erklärung liegt aber in der That hier vor; wir erinnern uns (s. oben Seite 400): actiones hereditariae fehlen nicht nur dem Singular-Successor, sie fehlen auch dem wirklichen Erben, soferne nämlich sein Erbrecht ein unwirksames ist, er hat hier keinen wirksamen Antheil an diesen Klagen.

Und so kommen wir auf die bereits in §. 18 ausgesprochene Behauptung, wonach der Sinn von Justinian's Neuerung folgender ist: das Verhältniß, welches bis dahin erst in dem judicium fam. erc., und überhaupt erst nach wirklich geschehener Restitution eintrat, soll nunmehr von vornherein eintreten, das heißt aber mit andern Worten: die Restitution der pars des beschränkt Eingesetzten soll kraft Gesetzes als von vornherein geschehen angesehen werden, und demgemäß der Antheil des beschränkt Eingesetzten an den actiones hereditariae (obwohl ihm derselbe in thesi und direkt wie jedem Fiduciar nach der Restitution verbleibt) seiner Geltendmachung nach gleich anfangs auf die unbeschränkt Eingesetzten übertragen sein.

Diese unsre Behauptung könnte ein zweifaches Bedenken erregen: läßt sich in der Bestimmung, daß nur die unbeschränkt Eingesetzten Antheil an den act. her. haben sollen, wirklich die Anordnung einer gesetzlichen Restitution finden? und dann: läßt sich überhaupt die Annahme einer gesetzlichen Restitution rechtfertigen, da es doch sonst Grundsatz ist, daß eine restitutio hereditatis wirklich vorgenommen werden muß?

Das erste Bedenken beseitigt sich einfach durch Folgendes: Bereits oben (Seite 398 Note 26) haben wir gesehen, wie die Wirkungen der Restitution ex Trebelliano von den Quellen fast durchgängig technisch dahin ausgedrückt werden, daß für und gegen den Fideikommissar die actiones hereditariae dantur, transeunt, transferuntur, competunt. Diesen Sprachgebrauch vor Augen durfte Justinian sehr wohl sagen: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui u. s. w., und es konnte nicht zweifelhaft sein, auf welchen Rechtsgrund hin diese Klagen nunmehr ausschließlich die unbeschränkt Eingesetzten angehen sollten, da man aus dem unmittelbar vorhergehenden Rechte wußte, daß diese Wirkung bisher auf eine wirkliche Restitution hin eintrat; es mußte klar sein, daß Justinian eine von vornherein gesetzlich eintretende Restitution angeordnet hat[35]. Dieser Sinn seiner Verordnung wird sonach gerade durch die gewählte Hervorhebung der actiones hereditariae deutlich bewiesen. Daß der Kaiser nicht die theoretische Genauigkeit beobachtet hat, den Rechtsgrund dieser ausschließlichen Klagzuwendung ausdrücklich anzugeben, und dabei etwa den unterscheidenden Zusatz zu machen, die act. her. stünden den unbeschränkt Eingesetzten nach ihrer eigentlichen Erbquote directe, nach der an sie gefallenen Rate des Erbtheils der beschränkt Eingesetzten nur utiliter zu, das kann bei der praktischen Tendenz dieser Verordnung in der That nicht auffallen, besonders wenn man bedenkt, wie wenig Geltung der Unterschied von actiones directae und utiles zu Justinian's Zeit noch hatte.

---

[35]) Denn über folgende Sätze mußte man einig sein: der beschränkt Eingesetzte ist wirklich Erbe; dieß kann er nur sein detracta rei mentione; nothwendige Folge der detractio rei ist, daß ihm eine pars hereditaria deferirt wird; diese kann er ihrem Rechtsbegriffe nach, sobald er erworben hat, nicht wieder verlieren; also kann nur die Geltendmachung derselben auf die Unbeschränkten übergegangen sein; dieß aber setzt eine von vornherein kraft Gesetzes geschehene Restitution voraus.

Was das zweite jener Bedenken betrifft, so war es vor dieser Verordnung allerdings ausnahmsloser Grundsatz, daß die Restitution eines Universal-Fideikommisses wirklich vorgenommen werden mußte, allein Justinian's Abweichung von dieser Regel stellt sich in den Fragefällen als eine aus Gründen der Zweckmäßigkeit praktisch durchaus gerechtfertigte dar. Dem beschränkt Eingesetzten ist nicht durch Anordnung des Erblassers Restitution seines Erbtheils auferlegt, sondern lediglich durch juristische Construktion, um die Beschränkung auf die res zu effektuiren, ja für den eigentlichen heres ex re certa institutus wird selbst das von ihm zu restituirende Objekt, die pars hereditaria und somit sein Antheil an den actiones hereditariae, erst künstlich (detracta re) geschaffen; rein dieser juristischen Construktion zu Ehren, um mit den Principien des Erbrechts im Einklange zu bleiben, wurde vor Justinian eine Weitläufigkeit nöthig, ein ohnedieß baldmöglichst zu beendigender Zwischenraum zwischen Erbschafsantretung und Restitution, dessen lästige Folgen bei inmittelst wirklich angestellten act. hereditariae doch nach der Hand wieder mühsam beseitigt werden mußten. Das Juristenrecht freilich, durch welches die ganze bis Justinian geltende Behandlung unsrer institutio ex re certa sowie der mit der Beschränkung: contentus sis certa re pro tua institutione versehenen Einsetzung entstanden war, durfte nicht weiter gehen, wenn es nicht in Ueberschreiten seiner Berechtigung contra rationem juris thätig werden wollte, wohl aber konnte des Kaisers gesetzgebende Macht die Singularität constituiren, und den endlichen Effekt des Verhältnisses im Interesse jener utilitas von vornherein eintreten lassen.

Auch steht die hier von dem Kaiser eingeführte gesetzliche Restitution, obwohl dem bisherigen Rechte nach etwas Neues, doch keineswegs vereinzelt da. Ein Jahr später bestimmte Justinian in c. 7 §. 1 C. ad Sct. Treb. (6. 49) folgendes: wenn der Fiduciar dolo malo vel post litem contestatam vel

antea sese contumacialiter celaverit, wenn er vor der Restitution ohne Hinterlassung von Erben gestorben, und wenn dem Fideikommissar die weitere Restitution des Fideikommisses aufgegeben sei, so habe man apud veteres gezweifelt, „quemadmodum actionum translatio celebretur in his tribus casibus,“ Ulpian habe hier eine gesetzliche Bestimmung („constituendum esse super his“) für nöthig erachtet, er, Justinian, verordne daher, daß in diesen drei Fällen „ipso jure utiles actiones transferantur“. — Dabei ist auch die Ausdrucksweise des Kaisers zu beachten; er bezeichnet geradezu den Akt der Restitution mit den Worten: actionum translatio, utiles actiones transferantur, diese Ausdrucksweise verstärkt noch mehr den Beweis unsrer Behauptung, daß auch in c. 13 C. de her. inst. das Zuweisen der actiones hereditariae ausschließlich an die unbeschränkt Eingesetzten aus dem Gesichtspunkt einer restitutio partis hereditariae zu betrachten ist.

Uebrigens erscheint die in unsrer const. 13 Cod. de her. inst. angeordnete gesetzliche Restitution in der That weit singulärer als die in const. 7 §. 1 C. cit. eingeführte. Bedenkt man nämlich, daß nach ersterer Verordnung schlechterdings keine deminutio earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum eintreten soll, daß also diese Klagen unter allen Umständen die unbeschränkt Eingesetzten allein angehen sollen, so muß man noch folgendes anerkennen.

a) Die Restitution geschieht hier kraft Gesetzes nicht nur von selbst, sie tritt auch mit Rechtsnothwendigkeit ein, d. h. die unbeschränkt Eingesetzten können dieselbe nicht (wie doch noch nach gewöhnlichen Grundsätzen[36]) die Fideikommissare in den Fällen der const. 7 §. 1 C. cit.) durch Ausschlagung des Universal-Fideikommisses abwenden, sie müssen vielmehr, wenn sie überhaupt Erben werden wollen, die Erbschaft mit der auf

[36]) §. 9 J. de fid. her. (2. 23). fr. 16 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

ihr ruhenden juristischen Construktion, mit der durch Justinian von vornherein bewirkten Erweiterung der ihnen direkt deferirten partes hereditariae annehmen. Die Sache gestaltet sich demnach praktisch ganz so, wie wenn ihnen auch diese Erweiterung direkt deferirt wäre, wo dann der bekannte Grundsatz[37]) Anwendung fände, daß der Erbe nicht einen Theil der ihm angebotenen Erbschaft antreten darf, sondern dieselbe ganz wie sie deferirt ist annehmen muß.

Es ließe sich fragen, ob nicht auch schon in dem Rechte vor dieser Verordnung die unbeschränkt Eingesetzten genöthigt werden konnten, die Restitution der pars der beschränkt Eingesetzten anzunehmen? Wir sind in der That geneigt, diese Frage zu bejahen; dazu bestimmt uns zwar allerdings nicht die ganz allgemeine Haltung der Aeußerungen Gordian's („ut non plus emolumenti consequatur" u. s. w.) und Justinian's („quos leg. loco haberi certum est"), so wenig uns andrerseits jenes „petere poterunt coheredes" in fr. 69 pr. D. de leg. II Bedenken erregen kann, wohl aber stützen wir unsre Meinung auf folgendes: jene Nöthigung entspricht der voluntas testatoris, sie ließ sich in normaler Weise realisiren, das Juristenrecht aber versäumte sicherlich nicht, die voluntas, soweit dieß normal möglich war, auch wirklich zu befolgen. Die normale Möglichkeit anlangend, den Willen des Erblassers (wonach die Beschränkten nur die res, die Unbeschränkten alles Uebrige erhalten sollen) auch gegen das Ausschlagen jenes Universal-Fideikommisses von Seiten der Unbeschränkten zu sichern, ließ sich nämlich die Sache so behandeln, als seien diesen Letzteren ihre partes unter der von dem Erblasser stillschweigends gemachten Auflage deferirt, daß sie sich die Restitution der pars des Beschränkten gefallen lassen; durch Antreten ihrer partes haben sie sich zur Annahme des Universal-Fideikommisses bereit erklärt, wollten sie darauf die Resti-

---

[37]) fr. 1. fr. 2. fr. 80 pr. u. §. 1 D. de acq. vel omitt. her. (29. 2).

tution nicht annehmen, so konnte dieselbe durch die Obrigkeit in derselben Art für geschehen erklärt werden, wie dieß dann der Fall ist, wenn der Fideikommissar, nachdem er den Fiduciar zur Antretung veranlaßt hat, die Restitution nicht annehmen will [38].

Dieß als in dem bereits bestehenden Rechte als begründet vorausgesetzt, würde sich dann um so mehr rechtfertigen, wenn Justinian ausschließlich von vornherein und unter allen Umständen, also auch wider ihren Willen lediglich den Unbeschränkten die act. her. zuweist. Für einen Fall übrigens macht er dadurch die Restitution in der That noch unabhängiger von dem Willen der Erben als dieß nach bisherigem Rechte möglich war: bis dahin unterblieb nämlich die Restitution ohne Zweifel doch dann, wenn beide, die Beschränkten wie die Unbeschränkten, hiermit einverstanden waren, eben weil damals ein wirklicher Restitutionsakt nothwendig war, auf welchen aber nur diese beiden dringen konnten; Justinian nun, indem er die Restitution kraft Gesetzes von vornherein geschehen läßt, schließt damit auch das Uebereinkommen der Parteien über das Unterlassen des Restitutionsaktes aus; er realisirt dadurch nur um so durchgreifender die voluntas testatoris, welche für diesen Fall bis dahin ohne Stütze war.

b) Nach allgemeinen Grundsätzen könnte bei den in unsrer Verordnung vorausgesetzten Fällen von Restitution, selbst von einer gesetzlichen, erst dann die Rede sein, wenn sowohl die Fiduciare als auch die Fideikommissare (denn nur in ihrer Eigenschaft als Erben fallen ihnen die partes der Ersteren fideikommissarisch zu) die Erbschaft bereits erworben haben. So war es auch ohne Frage in dem bisherigen Rechte. Allein seit dieser Verordnung muß die Restitution auch schon dann als gesetzlich geschehen betrachtet werden, wenn entweder die beschränkt oder die unbeschränkt Eingesetzten die Erbschaft noch gar nicht angetreten haben; in dem ersteren Falle würden doch schon den

---

[38]) fr. 67 pr. D. ad Sct. Treb. (36. 1).

Unbeschränkten, falls nur sie selbst bereits erworben haben, der volle und ausschließliche Antheil an den actiones hereditariae zustehen, und in dem zweiten Falle müßten diese Klagen einstweilen vollständig ruhen. Alles dieß wieder als nothwendige Folge der Bestimmung, wonach diese Klagen unter allen Umständen lediglich die unbeschränkt Eingesetzten angehen sollten. Dadurch wird dann die Restitution allerdings so singulär, daß sie nicht mehr nach den Grundsätzen einer wirklich vorgenommenen als von der Person des Fiduciars an die Person des Fideikommissars geschehen gelten kann, daß man vielmehr das von Justinian herbeigeführte Verhältniß dahin bezeichnen muß: das Gesetz überträgt schon bei der Delation die Portion des Beschränkten ihrer Geltendmachung nach auf die Portion der Unbeschränkten; man darf es ausdrücken: portio portioni restituitur.

Durch diese Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen wird jedoch immer noch nicht die Anomalie herbeigeführt, daß der beschränkt Eingesetzte von vornherein in gar keine pars, also überhaupt nicht in das jus defuncti succedirt. Der Rechtsbegriff seiner pars bleibt ihm deferirt, in diesen tritt er ein, derselbe ist für und wider ihn nur seiner praktischen Geltendmachung hinsichtlich der darin enthaltenen Vermögensbeziehungen beraubt. Daß aber diese pars immer noch rechtsgültig eine pars ist, zeigt sich praktisch wichtig darin: erwirbt keiner der unbeschränkt Eingesetzten, oder kommen sie sämmtlich wieder von der Erbschaft los, so accresciren jetzt dem Rechtsbegriffe der pars des Beschränkten die partes der Weggefallenen sammt der von vornherein darauf gekommenen Geltendmachung seiner eigenen pars. Denn nach der Absicht wie nach den Worten Justinian's sollen offenbar nur bei wirklicher oder noch zu erwartender Konkurrenz der Unbeschränkten die beschränkt Eingesetzten keinen Antheil an den act. her. haben, für den Fall, daß jene sämmtlich weggefallen sind, will der Kaiser nichts ändern an dem bisherigen Rechte, welches hier selbstverständlich den Be-

schränkten jure accrescendi zur ganzen Erbschaft beruft. Die rechtliche Möglichkeit dieses Accrescirens bleibt aber selbst nach unsrer Verordnung eben dadurch erhalten, daß nur die Geltendmachung der pars des Beschränkten als gesetzlich von vornherein auf die partes der unbeschränkt Eingesetzten für den Fall der Concurrenz dieser letzteren übertragen erscheint. —

Es bleibt nun noch übrig, die Tragweite der Justinianeischen Neuerung hinsichtlich der Fälle, welche nach Anordnung des Erblassers vorliegen können, zu prüfen. In dieser Beziehung gehen die Worte des Gesetzes:

a) nur auf solche Fälle, in denen mehrere [39]) Erben als heredes ex re certa scripti, oder als Eingesetzte, welche certis rebus pro sua institutione [40]) contenti esse jussi sunt, also lediglich vermöge juristischer Construktion ihre partes (an die daneben unbeschränkt Eingesetzten) zu restituiren haben, nicht auch auf solche Fälle, in welchen einem der Erben schon von dem Erblasser selbst die Restitution seiner pars an die Miterben aufgegeben ist, z. B. also, wenn der Erblasser einem Theilerben ausdrücklich auferlegt hat: restituas partem tuam coheredibus accepta, deducta, praecepta, u. s. w. certa re, oder restituas partem contentus certa re [41]). Dieß mit Recht, in den letzteren Fällen würde in der That jedes hinreichende Motiv für eine gleiche Sanktion fehlen.

Nur da, wo der Erblasser den Beschränkten direkt nur die res, den Unbeschränkten direkt alles Uebrige zugewendet, also be-

---

[39]) Selbstverständlich übrigens sind weder auf Seite der Beschränkten, noch auf Seite der Unbeschränkten gerade Mehrere erforderlich, schon Einer von jeder Seite genügt.

[40]) Ob gerade der Zusatz pro sua institutione oder ein ähnlicher (s. oben Seite 387 Note 4) von dem Erblasser beigefügt wird, ist übrigens gleichgültig, ein solcher Zusatz darf sogar (wie in dem Falle der Nov. 115 cap. 5 pr.) ganz fehlen.

[41]) s. oben Seite 378 Note 14. 15.

absichtigt hat, daß dieser Effekt von vornherein und jedenfalls eintreten solle, wo mithin zur normalen Realisirung dieser voluntas indirekt durch bloße juristische Construktion der Erwerb der Beschränkten wie der Unbeschränkten zunächst anders ausfallen mußte, als der Erblasser gedacht hat, erscheint es in Befolgung der voluntas praktisch gerechtfertigt, jene Restitution als das endliche Resultat des hier nöthig werdenden Verfahrens schon von vornherein kraft Gesetzes geschehen zu lassen.

Ganz anders, wenn der Erblasser einem gehörig eingesetzten Erben (obwohl unter Zuwendung eines Vermächtnisses) ausdrücklich die Restitution seines Erbtheils an die Miterben aufgibt. Hier hat er selbst, wissentlich und absichtlich zwei verschiedene Dinge, die nächste und die davon abweichende endliche Gestaltung des Verhältnisses angeordnet, auch können ihn sehr verschiedene Gründe bei Auferlegung des Universal-Fideikommisses geleitet haben. Hier ist es daher ganz in der Ordnung, der Gestaltung des Verhältnisses nach jus commune freien Lauf zu lassen.

b) Ferner hat das Gesetz lediglich den Fall vor Augen, wenn ein Miterbe auf eine res certa beschränkt ist, der sonstige Nachlaß aber nach dem Willen des Erblassers an die übrigen Miterben[42]) fallen soll, nicht auch den Fall, wenn zu Gunsten eines Nichterben entweder der einzige Erbe[43]), oder ein Miterbe[44]) in einer jener Weisen auf res certae beschränkt, also durch juristische Construktion mit einem fideicommissum hereditatis, beziehungsweise partis hereditariae belastet ist.

---

[42]) Dabei ist jedoch natürlich gleichgültig, ob ein Theil des Vermögens von den Erben an Nichterben als Vermächtniß abgegeben werden soll.

[43]) Also in den oben Seite 94 Nummer II ausgeführten Fällen des ersten Abschnittes; ebenso da, wo sämmtliche Erben auf res certae beschränkt sind, die res aber nicht den gesammten Nachlaß erschöpfen, und ein Dritter erhellt, welchem das Unvertheilte zufallen soll.

[44]) In dem oben Seite 382 Nummer 1 als möglich bezeichneten Falle.

Dieß stellt sich ebenfalls als natürlich dar. Auch in den letzteren Fällen die Restitution kraft Gesetzes von selbst und unabhängig von dem Willen des Nichterben eintreten zu lassen, wäre geradezu eine der freien (hier nicht entziehbaren) Entschließung dieses Fideikommissars vorgreifende Unmöglichkeit; nur bei jenen Miterben durfte Justinian, für den Fall ihres Erbschaftserwerbs, den endlichen Effekt der Gestaltung erfrühen.

c) Endlich gehen die Worte des Gesetzes nur auf Testamentserben, und zwar auf solche, rücksichtlich welcher zugleich auch die Beschränkung der Einen, sowie das Unbeschränktsein der Andern schon im Testamente mit der Erbeseinsetzung verbunden ist. In dieser Beziehung nun haben unsrer Ansicht nach die Worte des Gesetzes den Fall in der That zu eng gegriffen. Es kann sehr wohl sein, daß der Erblasser in einem Intestatcodicille einen oder mehrere seiner erwarteten Intestaterben auf res certae beschränkt, dieß zwar natürlich nicht durch institutio ex re certa, wohl aber durch die Verfügung, der Erbe solle sich mit bestimmten Objekten begnügen (contentus esto certa re u. s. w.); es kann ferner sein, der Erblasser hat zwar ein Testament errichtet, allein in einem nachträglichen Codicille entweder einen der früher unbeschränkt Eingesetzten auf res certae beschränkt, oder umgekehrt, einem im Testamente auf res certae Beschränkten diese Beschränkung wieder detrahirt (s. auch oben Seite 294 bis 295). — Daß vor c. 13 C. de her. inst. in allen diesen Fällen ganz dieselbe Behandlung (rücksichtlich der Beschränkung auf die res) eintrat, welche damals für den von dieser Verordnung ausdrücklich vorausgesetzten Fall galt, ist gewiß; warum nun sollte Justinian's Neuerung nicht dort eben so gut Platz greifen wie hier? Innere Gründe sind nicht dagegen[45]), aber

[45]) Man denke z. B., der Erblasser habe einen der Eingesetzten bereits in dem Testamente, dann aber in einem späteren Codicille einen der in dem Testamente unbeschränkt Eingesetzten ebenfalls auf eine res

auch der äußere Grund, daß jura singularia keine analoge Anwendung gestatten, trifft hier nicht zu, denn indem wir den Worten der Verordnung die genannte Ausdehnung geben, verbleiben wir auf dem Boden wahrer, auch bei jura singularia zulässiger, extensiver Interpretation; der Kaiser hat sich offenbar nur mit Rücksicht auf den gewöhnlichsten, ihm daher am nächsten gelegenen Fall ausgedrückt, keineswegs aber beabsichtigt, jene ganz gleichartigen codicillarischen Verfügungen von seiner Verordnung auszuschließen.

Demnach sind wir wohl berechtigt zu der Behauptung: Justinian's Neuerung kommt überall da zur Anwendung, wo nach letztwilliger Verfügung (Testament oder Codicill) einer oder einige der Erben auf res certae direkt beschränkt sind, während das übrige Vermögen an die unbeschränkten Miterben fallen soll, und demnach vermöge juristischer Construktion die de jure jenen zustehende Erbportion als Objekt eines Universal-Fideikommisses an diese behandelt wird. In allen diesen Fällen ist durch c. 13 C. de her. inst. die Portion der beschränkt Eingesetzten ihrer Geltendmachung nach kraft Gesetzes schon von vornherein auf die Portionen der unbeschränkten Erben übertragen.

Die nunmehr beendigte Interpretation unsrer const. 13 C. de her. inst. gibt für Beurtheilung dieser Verordnung folgende Resultate:

1) Die Verordnung verdient in keiner Rücksicht den ihr z. B. von Mühlenbruch gemachten Vorwurf der Unbestimmtheit; sie ist Wort für Wort durchaus klar und deutlich, unbestimmt wird sie eben nur dann, wenn man, nicht vertraut mit dem Rechte abgesehen von dieser Constitution, dieselbe lediglich aus ihr selbst heraus erklären will.

2) Sie ist weder eine der fünfzig Decisionen, noch überhaupt Entscheidung einer Streitfrage, wie Leyser, Henne-

---

certa beschränkt; sollte hier rücksichtlich des Letzterem eine andre juristische Behandlung eintreten als rücksichtlich des Ersterem?

mann, Mühlenbruch, u. A. angenommen haben; eine streitige Frage bestand hier nicht.

3) Sie gibt keineswegs im Grunde bereits vorhandenes Recht, sie bestimmt etwas wirklich Neues; besonders läßt sich nicht mit v. Vangerow behaupten, sie drücke im Wesentlichen dasselbe aus, was schon Gordian in c. 1 C. Greg. fam. erc. sage, im Gegentheil, es bestätigt sich nunmehr die bereits früher (Seite 359 ff.) gemachte Bemerkung, wonach es sich gerade durch den Inhalt der Justinianeischen Neuerung erklärt, daß und warum dieses Rescript Gordian's seinem die institutio ex re certa betreffenden Theile nach nicht in die Compilation aufgenommen ist; dasselbe paßte nicht mehr, weil das nach ihm erst in dem judicium fam. erc. zu Bewirkende seit unsrer Verordnung gesetzlich schon von vornherein eintritt.

4) Das Neue besteht nicht darin, daß der beschränkt Eingesetzte neben Unbeschränkten, obwohl bis dahin Erbe, in einen reinen Legatar umgewandelt ist, er behält seine bisherige Gestalt vollkommen, nur der endliche Effekt dieser Gestaltung wird von Justinian aus Nützlichkeitsgründen erfrüht. Für denjenigen freilich, welchem nur dieser Effekt gezeigt wird, ohne daß er mit der darunter verborgenen Construktion vertraut ist, nimmt sich unser beschränkt Eingesetzter wie ein bloßer Legatar aus, und wohl gerade um vor solcher Mißdeutung zu bewahren hat (s. bereits oben Seite 352) Justinian in Nov. 115 cap. 5 pr. für gut befunden, ausdrücklich hervorzuheben, daß der neben unbeschränkt Eingesetzten mit Beschränkung auf eine res certa instituirte Ascendent oder Descendent allerdings den Vorschriften dieser Novelle vollkommen genügend instituirt sei. — In der Möglichkeit des Entblößens von allen erbschaftlichen Vermögensbeziehungen zeigt es sich eben, wie der Begriff des heres unabhängig von materiellem Bekommen ist (s. oben Seite 6), immer aber dieß nur insoferne, als ein solcher Effekt auf einer principiengemäßen Construktion beruht.

§. 22.

II. Die Folgesätze.

Durch die vorstehenden Ausführungen (§. 19—21) glauben wir die in §. 18 behauptete grundsätzliche Gestaltung unsres Rechtsverhältnisses auf das Vollständigste bewiesen zu haben.

Indem wir nun die praktische Detailbehandlung verfolgen, welche dasselbe auf die gewonnenen Grundsätze hin nach seinen Hauptrichtungen zu nehmen hat, behalten wir wiederum nur den eigentlichen und gewöhnlichen, von Justinian in c. 13 C. de her. inst. vorausgesetzten Fall einer institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen vor Augen, wenn also der Miterbe direkt auf eine res certa, und zwar als solche, instituirt ist, der übrige Nachlaß aber (zunächst und abgesehen von Vermächtnissen an Nichterben) den gehörig Eingesetzten zufallen soll. Denn da, wo mit der rei mentio nur eine demonstratio partis hereditariae beabsichtigt, sowie da, wo einer der Erben excepta certa re eingesetzt ist, ergibt sich alle weitere Behandlung von selbst, nach den deßfalls bereits früher (Seite 365 Note 2 und Seite 382 Nummer 2) angedeuteten Gesichtspunkten, und was den Fall betrifft, wenn der ex re instituirte Miterbe zu Gunsten eines Nichterben auf die res certa beschränkt ist (s. oben Seite 382 Nummer 1), so soll das von den nachfolgenden Erörterungen hier Abweichende nur gelegentlich und soweit nöthig bei den einzelnen Punkten hervorgehoben werden.

Obwohl nun die Quellen eine direkte, ausdrücklich auf unsre institutio ex re certa gerichtete Auskunft nur in den wenigen Beziehungen geben, welche wir bereits aus §. 19—21 kennen, sind wir doch rücksichtlich sonstiger Einzelnfragen keineswegs von dem positiven Rechte verlassen. Wie sich für die Detailbehandlung des Falles der Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certae durch die Quellenaussprüche über die mit dieser Verfügung so ähnlich gefundene divisio bonorum gar mancher An-

haltspunkt ergeben hat, so wird für den gegenwärtigen Fall durch die richtige Erkenntniß seiner grundsätzlichen Auffassung eine Reihe von Stellen fruchtbar, welche das Verhältniß eines Erben betreffen, der unter Empfang eines Vermächtnisses seinen Erbtheil als Universal-Fideikommiß zu restituiren hat. Diese Stellen kommen hier soweit zur Anwendung, als nicht die aus der voluntas testatoris ersichtliche oder durch Justinian's c. 13 C. de her. inst. singulär geregelte Natur unseres Falles etwas anderes mit sich bringt.

Gerade weil sich die nachstehenden Erörterungen als Folgesätze der von uns gewonnenen grundsätzlichen Behandlung des Verhältnisses herausstellen, können wir nun nicht mehr immer mit den in der bisherigen Theorie aufgestellten Ansichten über die hier einschlagenden Detailfragen besonders rechten. Eben rücksichtlich der Detailfragen (soweit man dieselben überhaupt hervorgehoben hat) mußte man bisher bei einem schwankenden oder gar abnormen Principe häufig in große Verlegenheit kommen; erst an der Hand bewährter grundsätzlicher Auffassung erhält das an denselben Wahre seine eigentliche Rechtfertigung, das an ihnen Verfehlte von selbst seine versöhnliche Berichtigung.

Schon bei der Testaments-Errichtung werden folgende Punkte wichtig. Als wirklicher Erbe kann unser heres ex re certa institutus

1) nach bekannten Grundsätzen über Fähigkeit zum Testamentszeugnisse [1]) bei Errichtung des Testaments, in welchem er eingesetzt wird, nicht als Zeuge fungiren, eben so wenig derjenige,

[1]) §. 10. 11 J. de test. ord. (2. 10). fr. 20 pr. D. qui test. facere (28. 1). c. 22 C. de testam. (6. 23). Gelegentlich dieses Punktes kam auch Glück, Com. Bd. XXXIV S. 360 ff. auf die rechtliche Natur dieses heres ex re certa zu sprechen.

in dessen Gewalt er steht, und derjenige, welchen er selbst in der Gewalt hat.

2) Da überhaupt keine Erbeseinsetzung darum ungültig ist, weil der Erbtheil des Instituirten als Universal-Fideikommiß an einen Dritten fallen soll, versteht es sich ferner von selbst, daß der Testator einen Descendenten oder Ascendenten, welchem ex Nov. 115 cap. 3. 4 ein Anspruch auf heredis institutio zusteht, mit vollkommner Gültigkeit neben unbeschränkt Eingesetzten auf eine res certa instituiren darf, wie dieß Justinian in dem vielfach von uns besprochnen cap. 5 pr. dieser Novelle ausdrücklich hervorhebt. Ebenso verstand es sich schon nach früherem Rechte (fr. 19 D. de lib. et post. s. oben Seite 346 Nummer b), daß durch solche Einsetzung dem Rechte des suus auf gehörige Institution oder Exheredation genügt war. — Wie es sich dabei mit dem Pflichttheilsrechte des ex re instituirten Notherben verhalte, wird sich unten zeigen bei der Frage: ob nicht der beschränkt Eingesetzte unter Umständen mehr als die res certa beanspruchen kann.

Das Verhältniß nach des Erblassers Tode anlangend, betrachten wir vorerst die Stellung der unbeschränkt Eingesetzten. Diese bedarf einer besonderen Hervorhebung nur für den Fall wirklicher oder noch zu erwartender Concurrenz des ex re Instituirten.

Nachdem Justinian in c. 13 C. de her. inst. die dem letzteren detracta re geschaffene pars hereditaria, das Objekt eines Universal-Fideikommisses an die Unbeschränkten (§. 20), kraft Gesetzes schon von vornherein mit der Delation auf die partes der Unbeschränkten übertragen hat (§. 21 Seite 404 ff.), sind nunmehr diese Unbeschränkten die einzigen, welchen von vornherein die hereditas mit den darin enthaltenen Vermögensbe-

ziehungen praktisch (obwohl dem Rechtsbegriffe nach nur zu ihren direkten partes) deferirt und erworben wird [2]).

a) In Folge davon gestaltet sich die Größe der ihnen deferirten partes hereditariae praktisch ganz so, wie wenn sie allein zur Erbschaft gerufen wären, indem die gesetzlich restituirte pars des ex re Instituirten auf ihre direkten partes (deren Ausmittlung s. oben Seite 363 Nummer 2) nach dem Verhältniß, in welchem diese zu einander stehen, vertheilt ist; dieß nämlich in Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, wonach dann, wenn ein Theilerbe seine pars an die Miterben zu restituiren hat, das Fideikommiß denselben nach denjenigen Theilen zufällt, nach welchen ihnen die Erbschaft direkt deferirt wird [3]). Gesetzt also z. B., A und B sind sine partibus, C daneben ist ex re certa instituirt, so steht zwar de jure jedem Eingesetzten ⅓ der Erbschaft zu, allein das Drittel des C fällt zur Hälfte an A, zur Hälfte an B, so daß im praktischen Effekte A auf ein ½, und B auf ½ gerufen erscheint.

b) Nach Verhältniß dieser ihrer praktischen Erbtheile participiren denn sofort nach dem Erschaftserwerbe ausschließlich die Unbeschränkten, theils als direkte, theils als fideikommissarische Erben, an den commoda und incommoda hereditaria.

Nur unter ihnen sind die corpora hereditaria gemeinschaftlich, weßhalb denn auch eine eigentliche Erbtheilung, und zu diesem Zwecke das judicium fam. erc., lediglich unter ihnen stattfindet.

---

[2]) Vor c. 13 C. cit. war ihnen vorerst und bis zu wirklich erfolgter Restitution der pars des beschränkt Eingesetzten die Erbschaft nur nach Verhältniß ihrer direkten partes deferirt und erworben (s. oben Seite 401 ff.) — Auf diese partes bleiben sie in Delation wie in Erwerb von Anfang an und dauernd noch nach neuestem Rechte natürlich da verwiesen, wo (Seite 382 Nummer 1) der ex re Instituirte zu Gunsten eines Richterben auf die res beschränkt ist.

[3]) fr. 23 D. ad Sct. Treb. (36. 1). fr. 78 §. 4. 5 D. eod.

Ebenso sind ausschließlich zwischen ihnen die erbschaftlichen Forderungen getheilt, und sie allein haften für die Erbschaftsschulden; der Schuldenantheil des ex re Instituirten ist fideikommissarisch auf sie übergegangen.

Ihnen allein endlich liegt (insofern es sich um Vermächtnisse handelt, welche der Testator schlechthin, und namentlich nicht ausdrücklich und speciell dem beschränkt Eingesetzten auferlegt hat) das onus legatorum, als zu den onera hereditaria mit gehörig [4]), auf. Was dabei das Recht der Falcidia betrifft, so darf der Unbeschränkte den auf seiner direkten pars haftenden Theil der Legate, soweit er die Quart dieser pars verletzt, schon selbstverständlich (als direkter Erbe) kürzen. Allein auch den auf der ihm fideikommissarisch zugefallenen pars des beschränkt Eingesetzten ruhenden Theil der Legate darf er, wenn und soweit dieß der beschränkt Eingesetzte selbst gekonnt hätte, kürzen. Denn obwohl dem Fideikommißerben als solchem das Recht des Fiduciars auf die Quart an sich nicht zusteht, muß dasselbe doch hier bei einer gesetzlichen und nothwendigen Restitution eben so gut auf ihn übergehen, wie dieß anerkannt da der Fall ist, wo der Fiduciar die Erbschaft gezwungen angetreten hat [5]); die Legatare dürfen offenbar dort so wenig als hier von der unfreiwilligen Restitution Vortheil ziehen. — Da übrigens bei dem Platzgreifen der Falcidia zugleich das dem beschränkt Eingesetzten zu prästirende Vermächtniß der res certa wesentlich in Betracht kommt, so ist das Genauere auf spätere deßfallsige Erörterungen zu versparen (s. unten §. 25 Nummer 2, b a. E.).

c) Den Unbeschränkten allein ferner stehen, und zwar wiederum nach Verhältniß ihrer vollen praktischen Erbtheile, die petitorischen und possessorischen Rechtsmittel der Erben zu.

---

[4]) fr. 1 §. 21. fr. 2 D. ad Sct. Treb. (36. 1). c. 2. 8 C. eod. (6. 49). fr. 15 §. 1 D. ut leg. serv. caus. cav. (36. 3). s. auch oben Seite 398 Note 28.

[5]) fr. 2 fin. fr. 3 pr. fr. 63 §. 11 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

Für die hereditatis petitio rechtfertigt sich die Ausdehnung derselben (als her. pet. fideicommissaria) auf den fideikommissarischen Bestandtheil jener partes schon nach allgemeinen Grundsätzen [6]); gleiche Ausdehnung müssen wir aber der ganzen Tendenz der c. 13 C. de her. inst. zufolge ohne Zweifel auch bezüglich des interdictum quorum bonorum und des remedium ex l. ult. Cod. de edicto Divi Hadr. toll. gestatten, soferne die Unbeschränkten in der Lage sind, in ihrer Eigenschaft als direkte Erben von diesen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen.

d) Fallen zwar nicht alle, wohl aber einer oder einige der Unbeschränkten vor dem Erwerbe ohne Hinterlassung von Transmissaren oder Substituten weg, so fragt es sich: wem accrescirt die nunmehr vakant gewordene Portion des Weggefallenen?

Der Wille des Erblassers geht im Zweifel offenbar dahin, daß der ex re Instituirte auf die res beschränkt bleiben soll, so lange auch nur noch Einer der Unbeschränkten vorhanden ist; im Sinne des Erblassers müßte daher jene Portion lediglich den noch übrigen Unbeschränkten zufallen. Diese voluntas realisirt sich denn auch ganz principiengemäß in folgender Weise. Zunächst und dem Begriffe nach trifft das Accrescenzrecht, in Uebereinstimmung mit den deßfallsigen allgemeinen Grundsätzen [7]), sämmtliche Erben nach Verhältniß der ihnen direkt deferirten partes hereditariae, soweit also auch den ex re Instituirten. Allein der dem Letzteren hierdurch accrescirte Theil jener vakanten Portion wird jetzt eben so gut Restitutionsobjekt wie die ihm detracta re geschaffene pars selbst. Die allerdings streitige [8]) Frage nämlich, ob beim Wegfalle eines Miterben des Fiduciars die dem Letzteren zunächst accrescirende Portion nun gleichfalls zu restituiren ist, oder

---

[6]) Tit. D. de fideic. her. pet. (5. 6).

[7]) Marezoll in seiner und v. Linde's Zeitschr. Bd. VI S. 382.

[8]) s. v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II S. 328 Nummer 5, und die dort Angeführten (bes. Marezoll a. a. O.) — Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLIII S. 351.

ob der Fiduciar dieselbe behalten darf, berührt uns hier darum nicht, weil anerkanntermaßen diese Restitution jedenfalls dann geschehen muß, wenn dieß der Erblasser wollte, eine solche voluntas aber in unserem Falle entschieden vorliegt. — Demgemäß hatte denn der heres ex re certa institutus vor c. 13 C. de her. inst. sicherlich den ihm accrescirenden Theil der direkten pars eines weggefallenen unbeschränkt Eingesetzten sogleich mit seiner eignen pars oder nachträglich (je nach der Zeit der eingetretenen Vakanz) den übrigen Unbeschränkten zu restituiren, und seit c. 13 C. cit. muß diese Restitution sofort mit Eintritt des Accrescenzfalles gerade wie die Restitution der detracta re geschaffenen pars als gesetzlich und von selbst geschehen angesehen werden, wonach also im praktischen Resultate allerdings nur die Unbeschränkten das Accrescenzrecht trifft.

Diese im Zweifel geltenden Grundsätze können indessen durch den besonders gestalteten Willen des Erblassers eine Aenderung erhalten. Hat nämlich der Testator die sämmtlichen Unbeschränkten, dem ex re Instituirten gegenüber, als wahre conjuncti eingesetzt, dann tritt selbstverständlich das Accrescenzrecht schon seinem Begriffe nach nur allein für die noch übrigen Unbeschränkten ein, wie es auch sein kann, daß nicht alle, sondern nur einige der Unbeschränkten conjunctim instituirt sind, wo dann beim Wegfall eines derselben zunächst nur den übrigen Conjungirten accrescirt. — Ebenso kann der Testator den heres ex re certa lediglich für den Fall des wirklichen Erwerbes sämmtlicher Unbeschränkten auf die res beschränkt haben; mit Wegfall eines der Letzteren steht hier dem Ersteren ein selbst praktisches Accrescenzrecht zu, obwohl es im Uebrigen bei der gesetzlichen Restitution der ihm detracta re geschaffenen pars verbleibt, eben weil er hier nach dem Willen des Erblassers außer seinem Antheile an der vakant gewordenen Portion (mit ihrer fideikommissarischen Erweiterung) fortwährend nur die res erhalten soll. —

Nunmehr zur Stellung des ex re Instituirten übergehend, trennen wir vor allem dessen Verhältniß zur Erbschaft und seinen Anspruch auf die res certa.

Was das erstgenannte Verhältniß betrifft, so ist unser Eingesetzter noch in dem neuesten Rechte wahrer Erbe, detracta rei mentione, und zwar

1) zunächst für den Fall wirklicher oder noch zu erwartender Concurrenz der gehörig Eingesetzten gerufen auf eine pars hereditaria, deren Größe sich nach den deßfalls früher (Seite 363 Nummer 2) angedeuteten Gesichtspunkten bemißt. Er braucht daher den Erwerb der Miterben nicht abzuwarten, er darf einstweilen für sich allein diese pars antreten. Dieselbe ist ihm aber seit c. 13 C. de her. inst. nur noch dem Rechtsbegriffe nach deferirt, nur diesen erwirbt er durch die Antretung, während die für ihn hierdurch allerdings dem Begriffe nach erworbenen erbschaftlichen Vortheile, Lasten und Rechtsmittel in Bezug auf ihn keine praktische Wirksamkeit äußern, indem deren Geltendmachung kraft Gesetzes von vornherein auf die partes der Unbeschränkten in vorhin (Seite 419 ff.) angegebener Weise übertragen ist, worauf sie, selbst wenn letztere noch nicht erworben haben, vorläufig in Erwartung dieses Erwerbes ruht. Ebenso äußert die durch Antretung des ex re Instituirten eingetretene Confusion der zwischen ihm und dem Erblasser bestandenen Rechtsverhältnisse so wenig eine praktische Wirkung, als dieß überhaupt für einen Fiduciar nach der Restitution der Fall ist. — Obwohl ihm nun hiernach in der That nur eine pars inanis deferirt und erworben wird, bleibt es doch für ihn keineswegs gleichgültig, ob er neben den Unbeschränkten die Erbschaft antritt oder ausschlägt, indem namentlich sein Anspruch auf die res certa, wie unten (§. 23 Nummer 1) zu zeigen ist, wesentlich davon abhängt, daß er wirklich Erbe wird und Erbe bleibt.

2) Dagegen besteht die ganze Unwirksamkeit des dem ex re Instituirten deferirten und etwa bereits erworbenen jus heredi-

tarium eben nur so lange, als eine Concurrenz wenigstens noch Eines der Unbeschränkten vorhanden oder zu erwarten ist. Fallen diese sämmtlich [9]) weg, sodaß ihre Portionen zugleich wirklich vakant werden, dann tritt, selbst gegen etwaiges Verbot des Erblassers (s. oben Seite 42 ff.), selbstverständlich und mit Rechtsnothwendigkeit Accrescenzrecht ein, welches den bisher Beschränkten jetzt zur ganzen Erbschaft beruft. Diese Behauptung, über deren Wahrheit und juristische Begründung man bei dem Mangel einer richtigen Einsicht in die grundsätzliche Behandlung unserer institutio ex re certa so vielfach gestritten hat [10]), bedarf in der That keiner weiteren Rechtfertigung, es genügt das deßfalls bereits oben (Seite 410 ff.) Bemerkte.

Nur folgender Punkt verdient eine besondere Hervorhebung. Da der jure accrescendi auf das Ganze gerufene ex re Instituirte nunmehr auch für die Erbschaftsschulden, und zwar, insofern er nicht von dem beneficium inventarii Gebrauch gemacht hat, selbst ultra vires hereditarias haftet, so fragt es sich, zu welcher Zeit muß er, um sich zu sichern, das Inventar errichtet haben? Unserer Ansicht nach braucht er dasselbe erst dann zu errichten, wenn der Accrescenzfall eingetreten und zu seiner Kenntniß gelangt ist, nicht schon vorsorglich zu der Zeit, da er bei noch zu erwartender, oder vielleicht bereits eingetretener, und erst später, z. B. durch ben. abstin. wieder weggefallener Concurrenz der gehörig Eingesetzten, die Delation seiner pars inanis erfahren hat, eben weil er für den Fall solcher Concurrenz überhaupt nicht für die Erbschaftsschulden haftet [11]), und es von

---

[9]) Ueber die Folgen des Wegfalls eines oder nur Einiger der Unbeschränkten s. oben Seite 421 Nummer d.

[10]) s. z. B. oben Seite 323 ff., S. 336 Note 8, S. 339.

[11]) Wenn Justinian bei Einführung des ben. inventarii in c. 22 §. 2 C. de jure delib. (6. 30). dem Erben vorschreibt „ut intra triginta dies, post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium,“ so kann dieß sicherlich nicht auch auf einen

ihm doch eine gerechte Erwartung ist, daß diese Conkurrenz wirklich eintreten, oder die eingetretene nicht wieder schwinden werde. — Bei entgegengesetzter, strengerer Ansicht dürfte man ihm wenigstens eine restitutio in integrum gegen den bei der Antretung versäumten Gebrauch des beneficium inventarii nicht versagen.

§. 23.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

Mannichfaltigere Erörterungen bedarf der Anspruch des Erben auf die ihm von dem Testator per institutionem zugewiesene res certa. Diese Zuweisung stellt sich, wie wir wissen (§. 20), vermöge juristischer Construktion als ein stillschweigendes Singular-Fideikommiß heraus; im Genaueren aber kommen dabei folgende Punkte in Betracht.

I. Damit der Eingesetzte den Anspruch auf die res certa erhalte und dauernd behalte, wird vor Allem vorausgesetzt, daß er wirklich Erbe geworden, und auch nach dem Erbschaftserwerbe nicht in eine der Lagen gekommen ist, in welchen dieser Erwerb als nicht geschehen betrachtet wird; das Verhältniß ist nämlich so anzusehen, als habe der Erblasser dem Erben neben der Einsetzung die res unter der ausdrücklichen Bedingung „si heres erit" vermacht. Rücksichtlich der näheren Begründung und der einzelnen Folgen dieses Satzes genügt es, auf das bereits bei dem Falle, da sämmtliche Erben ex re certa instituirt sind, dieserhalb Ausgeführte zu verweisen (s. oben Seite 201—208); selbstverständlich gehört übrigens zu den Lagen, in welchen sein Erbschaftserwerb als nicht geschehen gilt, hier nicht auch der Umstand, daß seine pars hereditaria an die Miterben restituirt ist.

Diesen Gesichtspunkt haben selbst diejenigen übersehen, welche unseren Eingesetzten zwar im Allgemeinen für einen Erben, in Rücksicht auf die res certa aber für legatarii loco halten. Man

---

solchen Erben gehen, welcher vorerst und von vornherein den Erbschaftsgläubigern gesetzlich gar nicht verpflichtet ist.

hat gesagt[1]), es bedürfe für ihn keiner hereditatis aditio, er transmittire sein Recht auf die res certa sofort mit dem Tode des Erblassers, während in der That erst durch seinen Erbschaftserwerb der dies cedens für das hier vorliegende bedingte Vermächtniß herbeigeführt wird.

II. Es fragt sich: von wem und woraus ist die res certa zu prästiren? Bedenkt man, daß nach c. 13 C. de her. inst. die Unbeschränkten von vornherein als die alleinigen praktischen Inhaber des jus hereditarium erscheinen, so muß man, allgemeinen Grundsätzen[2]) zufolge, sagen: das Vermächtniß der res certa ist von sämmtlichen Unbeschränkten nach Verhältniß ihrer vollen praktischen Erbportionen zu entrichten.

Indessen hat dieses Resultat noch von anderer Seite her eine Prüfung zu bestehen, wodurch übrigens dasselbe, wie voraus bemerkt sein soll, keineswegs verändert, vielmehr bestätigt und nur mit Bezug auf den theoretischen Gehalt jener Erbportionen erläutert wird. Trennen wir nämlich die direkten und fideikommissarischen Bestandtheile der den Unbeschränkten nach c. 13 C. de her. inst. zustehenden partes hereditariae, so ist jene Frage genauer in folgenden zwei Fragen auszudrücken:

1) auf welchen direkten partes lastet die Prästation der res certa? ruht sie pro rata auf den direkten partes der Unbeschränkten und auf der des Beschränkten, oder aber ruht sie entweder lediglich auf den direkten partes der Unbeschränkten, oder umgekehrt lediglich auf der direkten pars des Beschränkten?

2) Sollte sich in Beantwortung dieser Frage ergeben, daß die Prästation der res certa ausschließlich oder zum Theile auf der pars des Beschränkten ruht, so fragt es sich weiter: erhält derselbe soweit die res wirklich jure legati, oder behält er sie so-

---

[1]) So z. B. Bartolus (s. oben Seite 317), Leyser (s. o. S. 326), Mühlenbruch (s. o. S. 336) und Andere.

[2]) fr. 33 pr. D. leg. II.

weit jure heredis, oder endlich büßt er sie soweit durch die Restitution seiner pars hereditaria gänzlich ein?

Diese Fragen mußten in dem Rechte vor c. 13 C. de her. inst., so lange die direkten partes bei Delation und Erwerb bis zu wirklich erfolgter Restitution in der That geschieden waren, an praktischer Wichtigkeit durchaus in den Vordergrund treten, allein sie bleiben auch nach der durch Justinian von vornherein bewirkten Uebertragung der pars des Beschränkten auf die partes der Unbeschränkten (eben weil diese Uebertragung nur eine fideikommissarische ist) nicht ohne Bedeutung, man denke nur z. B. es wollte (soferne wir dieß später als zuläßig finden werden) der Beschränkte auf die sog. quarta Trebellianica, oder es wollten die Unbeschränkten dritten Legatarien oder auch nur dem ex re Instituirten gegenüber auf die quarta Falcidia provociren. Ebenso werden die angeregten Fragen da wichtig, wo der heres ex re certa institutus ausnahmsweise zu Gunsten eines Nichterben beschränkt ist, an diesen also seine pars zu restituiren hat.

A. Zunächst die Frage betreffend: auf welchen direkten partes lastet die Prästation der res certa? finden wir für den Fall, da einem Theilerben unter Zuwendung eines Vermächtnisses die Restitution seines Erbtheils aufgegeben ist, in den Quellen folgende Unterscheidung:

1) Besteht das Objekt des Vermächtnisses nicht in einer generischen Summe Geldes, sondern in einer bestimmten, in der Erbschaft enthaltenen Sache[3]), so ruht das Vermächtniß pro rata auf den partes sämmtlicher Erben, auch auf der pars des Fiduciars[4]). Dieß sehr natürlich, denn ein solches Objekt liegt

[3]) Unter dieser Voraussetzung gehört hieher auch eine der species nach bestimmte Geldsumme, z. B. numi in arca. fr. 34 §. 4, fr. 51 D. de leg. I.

[4]) fr. 77 pr. D. de leg. II (s. unten Note 13). — fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1). (s. unten Note 14). vgl. auch fr. 40 §. 1 D. de leg. III. fr. 86 D. ad leg. Falc. (35. 2).

in media hereditate, soll es daher einer der Erben allein erhalten, so kann dieß nur dadurch geschehen, daß diesem die coheredes ihre Erbtheile an dem Objekte abzutreten haben.

2) Dagegen für den Fall, daß der Universal- oder Theilerbe gebeten ist, die Erbschaft oder seinen Erbtheil zu restituiren accepta pecunia, finden wir in fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1)[5]), und in fr. 77 pr. D. de leg. II.[6]) die Entscheidung Papinian's, der Fiduciar habe hier das Geld lediglich de suo (de sua parte) zu restituiren.

Diese Entscheidung hat man als eine selbst gegen den etwa entgegengesetzten Willen des Erblassers mit Rechtsnothwendigkeit geltende angesehen[7]), indem sie Papinian in fr. 77 pr. cit. auch für den Fall angebe, wenn der Erblasser das Geld ausdrücklich aus der ganzen Erbschaft („ex hereditate mea") hinterlassen habe. Mit dieser Auffassung können wir indessen nicht einverstanden sein. Zunächst kommt denn doch in den Quellen[8]) häufig genug ein in Geld bestehendes wirkliches Prälegat vor, insbesondre entscheidet Pomponius in fr. 25 §. 22 D. fam. erc. (10. 2), daß prälegirte pecunia, quae domi relicta

---

[5]) Acceptis centum, hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam jure Falcidiae percipere videtur; et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset. Quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Diversa causa est praediorum pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri potest, praediorum autem alia portio non nisi a coherede qui dominium habet, accipitur.

[6]) Quum pater filios, eorumque matrem heredes instituisset, ita scripsit: peto a te, filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano, partem hereditatis restituas matri tuae; respondi, praedium quidem hereditarium judicio divisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam.

[7]) v. Buchholtz, Prälegate, S. 263 nach Note 85 a); s. überhaupt die verschiedenen Ansichten über die von uns hier besprochene Frage bei v. Buchholtz, a. a. O. Seite 255 ff.

[8]) s. die Stellen bei v. Buchholtz, a. a. O. Seite 216, Note 8–11.

non est, von sämmtlichen Erben pro rata hereditaria zu leisten sei[9]); ein innerer Grund ist daher nicht ersichtlich, warum nicht Geld ebensogut wie eine species Objekt eines Prälegates sein kann, auch darf man doch billig fragen: wie sollte und könnte das Recht dem Willen des Erblassers jene beengende Schranke setzen? — Was aber jene Entscheidung Papinian's betrifft, so geht dieselbe weder im Falle des fr. 77 pr. cit. gegen einen dort durch die Worte: „ex hereditate mea" etwa entgegengesetzt ausgesprochenen Willen des Erblassers, noch hat sie überhaupt in der einen oder anderen jener Stellen den Charakter einer Rechtsnothwendigkeit, im Gegentheile, sie enthält nichts als eine Interpretationsregel für die voluntas testatoris. Gibt nämlich der Erblasser einem Theilerben Restitution seiner Erbportion auf, und hinterläßt ihm dafür ein Vermächtniß, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er durch diese Verfügung nicht auch die Miterben in dem Werthe ihrer Erbtheile verkürzen wolle; wählt er freilich in einer species ein allen Erben gemeinschaftliches Objekt, dann hat er eben durch diese Wahl von selbst auch die Miterben beitragspflichtig zu dem Vermächtnisse gemacht; wählt er dagegen Geld, so läßt sich dieses ganz gut ohne Verkürzung der Miterben durch Versilberung lediglich des zu restituirenden Erbtheils herbeischaffen; dieß soll daher als der Absicht des Erblassers gemäß wirklich angenommen werden, sofern derselbe das Geldvermächtniß ohne Bezeichnung der persona dantis angeordnet hat. Und so ist denn insbesondere in fr. 77 pr. cit. das „acceptis ex hereditate mea" keineswegs gleichbedeutend mit e media hereditate aufzufassen, vielmehr ist mit diesen Worten, im Gegensatze zu den Fällen, wenn dem „accepta" ausdrücklich die persona dantis beigefügt

---

[9]) Daher soll denn auch nach fr. 26 D. fam. erc. (10. 2) zur Herbeischaffung des Geldes nöthigenfalls eine res hereditaria, also ein sämmtlichen Miterben gemeinschaftliches Objekt, auf richterliche Anordnung versilbert werden.

ist[10]), überhaupt nur gemeint, das Geld solle aus Erbschaftsmitteln und nicht anderswoher geleistet werden, wie ja dieß anerkannt auch dann der Fall ist, wenn das „accepta re vel summa" einfach und ohne Zusatz „ex hereditate mea" gebraucht ist[11]).

Ist unsere Ansicht richtig, so kommt Papinian's Entscheidung, eben als eine bloße Interpretationsregel, einerseits da nicht zur Anwendung, wo es des Erblassers unzweideutiger Wille ist, daß das Geld e communi geleistet werden soll; ja wenn das Geld den Werth der zu restituirenden Portion des Theilerben übersteigt, so muß, soferne nicht ein Rechnungsfehler des Erlassers nachgewiesen werden kann[12]), allgemein wenigstens dieses plus von den Miterben gezahlt werden, und zwar von ihnen allein, denn durch das Uebrige ist der Erbtheil des Fiduciars bereits erschöpft.

Andererseits gilt Papinian's Entscheidung bei nicht entgegenstehender voluntas testatoris nicht nur da, wo der Theilerbe seine Portion entweder an Nichterben, oder zwar an Miterben, aber nur an einen[13]) oder einige derselben restituiren soll, sondern auch da, wo er sie an sämmtliche Miterben zu restituiren hat[14]).

---

[10]) so in fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2). fr. 63 §. 5 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[11]) so heißt es in fr. 58 §. 3 cit. (s. oben Note 5 auf Seite 428): tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset, ebenso in fr. 93 D. ad leg. Falc.: — — quasi retentam et praeceptam pecuniam, und v. Buchholtz selbst (a. a. O. Seite 256 Note 64) gibt zu, daß in denjenigen Stellen, wo accipere allein vorkommt, ohne die nähere Bezeichnung, von Wem der Erbe empfangen soll, die Worte ex hereditate zu suppliren sind.

[12]) fr. 9 §. 4 D. de her. inst. (28. 5). fr. 15 pr. D. de leg. I. v. Buchholtz, a. a. O. Seite 264 Note 87.

[13]) Einen solchen Fall enthält fr. 77 pr. cit.; nur der Mutter, nicht auch den Geschwistern soll hier die Tochter ihren Erbtheil restituiren.

[14]) Dieß ergibt sich auch aus den Worten des fr. 58 pr. cit.: „quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo re-

In diesem letztern Falle nämlich erscheint es keineswegs als gleichgültig, ob die Geldsumme e communi oder lediglich aus der pars des Fiduciars gezahlt werden soll, man denke nur z. B., es seien zugleich Legate an Nichterben ausgesetzt; je mehr die Miterben jure heredis behalten (und dieß ist der Fall, wenn der Fiduciar das Geld de suo zu retiniren hat), desto weniger können die Legatarien, soferne die Falcidia in Frage steht, gekürzt werden. — Man darf daher den allgemeinen Gesichtspunkt aufstellen: überall da, wo der Erblasser dem Fiduciar eine Geldsumme ohne Bezeichnung der persona dantis und ohne die unzweideutige Absicht, damit sämmtliche Erbtheile belasten zu wollen, hinterlassen hat, soll dieses Geld dem vermuthlichen Willen des Erblassers zufolge zunächst lediglich den Werth der in der zu restituirenden Portion enthaltenen Objekte afficiren.

Die bisher (unter A, 1 und 2) erörterten Grundsätze auf unsren Fall der institutio ex re certa angewendet, ergibt sich folgendes: besteht die res in einem bestimmten Nachlaßobjekte, dann ruht ihre Prästation pro rata auf den direkten partes der Unbeschränkten, pro rata auf der an diese fideikommissarisch übergegangenen pars des beschränkt Eingesetzten; besteht dagegen die res in einer nur dem genus nach genannten Geldsumme, dann ruht deren Prästation (da eine abweichende voluntas testatoris hier nicht vorliegt) zunächst ausschließlich auf dem fideikommissarischen Erbantheile der Unbeschränkten, und nur soweit sie diesen etwa noch übersteigt, ist sie aus den direkten partes derselben zu entrichten.

B. Wir wenden uns jetzt zur zweiten der oben (Seite 426) auseinandergehaltenen Fragen: wie gestaltet es sich mit dem

---

stituere rogatur;“ hier wird offenbar vorausgesetzt, daß nur zwei Erben eingesetzt sind, der Eine also seinem einzigen Miterben zu restituiren hat, diesem Falle steht aber selbstverständlich der gleich, wenn der Fiduciar mehrere Miterben hat, und an sie alle seine Portion restituiren soll.

Ansprüche auf die res certa, soweit deren Prästation nach dem soeben Bemerkten als auf der pars des beschränkt Eingesetzten (also auf dem Restitutionsobjekte) ruhend anzusehen ist?

Die Antwort geht dahin: besteht die res in einer generischen Geldsumme, so erhält der darauf Eingesetzte das Geld, soweit es dem Werthe seiner pars gleichkommt, aus dieser seiner pars von den Unbeschränkten jure legati zurück (während ihm der etwaige Mehrbetrag des Geldes von den Unbeschränkten aus ihren direkten partes jure legati gezahlt wird); besteht aber die res in einer species, so erhält er (neben den ihm aus den direkten partes der Unbeschränkten zu leistenden Theile derselben) denjenigen Theil der res, welcher auf seiner eignen pars ruht, von den Unbeschränkten aus dieser pars ebenfalls jure legati zurück, er büßt ihn also weder durch die Restitution seiner pars definitiv ein, noch behält er ihn jure heredis. Sollte er sich noch im Besitze der in seiner pars enthaltenen res hereditariae befinden, so kann er bei der Baarrestitution dieser Objekte das ihm aus seiner pars eigentlich von den Unbeschränkten Zurückzugebende kurzweg retiniren. — Liegt ausnahmsweise der Fall vor, daß der heres ex re certa institutus zu Gunsten eines Nichterben auf die res beschränkt ist, so treten ganz dieselben Gesichtspunkte ein, nur übertragen auf seine Stellung dem Nichterben gegenüber.

Alles dieß in Anwendung derjenigen Grundsätze, welche allgemein da gelten, wo einem Erben unter Zuwendung eines in Geld oder in einer species bestehenden Vermächtnisses auferlegt ist, die Erbschaft oder seinen Erbtheil an einen Andern (Miterben oder Nichterben) zu restituiren. Gerade diese allgemeinen Grundsätze freilich sind vielfach verkannt und bestritten; man behauptet, die auf der pars des Fiduciars ruhende Geldsumme erhalte derselbe jure hereditario, man behauptet ferner, er büße den in seiner pars liegenden Theil des Prälegates durch die Restitution seiner pars in der Regel ganz und gar ein, wo

ihm aber derselbe ausnahmsweise bleibe, behalte er ihn jure heredis; insbesondere hat über das Schicksal dieses Prälegatstheiles viel Streit und Bedenken veranlaßt der anscheinende Widerspruch zweier Stellen, nämlich des fr. 86 D. ad leg. Falc. (35. 2) von Julian und des fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1) von Ulpian.

Es würde mit völliger Unterbrechung unsrer Erörterungen über die Detailgestaltung der institutio ex re certa in der That eine eigene Abhandlung nöthig werden, wenn wir die verschiedenen hier bestehenden Ansichten vorführen, und ihnen gegenüber unsre Meinung ausführlich begründen wollten, wir müssen uns daher, den Standpunkt der bisherigen Theorieen bei dem Leser als bekannt voraussetzend [15]), darauf beschränken, unsre Ansicht an der Hand der Quellen in gedrängter Uebersicht anzugeben, der Sachkenner wird hiernach leicht im Stande sein, das Richtige oder Unrichtige derselben zu prüfen. Uebrigens ist die Grundlage unsrer Ansicht bereits in dem ersten Abschnitte (Seite 96 ff. u. Seite 108 ff.) angegeben, dort jedoch nur für den Fall, daß der Universalerbe die Erbschaft zu restituiren hat accepta, deducta, praecepta, retenta certa re vel summa, während in dem Gegenwärtigen das Verhältniß in seiner ganzen Allgemeinheit aufgefaßt werden soll.

Ist einem Erben unter Zuwendung eines (in Geld oder in einer species bestehenden) Vermächtnisses [16]) auferlegt, seine Erbportion, d. h. die hereditas oder seine pars hereditaria als

---

[15]) s. z. B. v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II S. 429. 430, S. 490; insbesondere aber ist zu vergleichen v. Buchholtz, Prälegate, Kapitel 18 („die Restitution") und Kap. 19 („das Trebellianische Viertel" bes. dort S. 504 ff.).

[16]) Einerlei ob das Vermächtniß ausdrücklich als solches angeordnet ist, oder ob Worte gebraucht sind, welche als sog. stillschweigendes Fideikommiß aufgefaßt werden, z. B. restituas accepta, deducta etc. certa re, oder restituas contentus certa re, u. s. w.

Universal-Fideikommiß (an Miterben oder Nichterben) zu restituiren, so hat er, falls er ein Theilerbe ist, das vermachte Objekt anerkannt soweit nicht mit zu restituiren, als dasselbe aus den partes der Miterben kommt[17]; dieß jedoch nicht sowohl darum, weil er es (was zwar richtig ist)[18] soweit jure legati erhält, als vielmehr darum, weil es soweit nicht in seiner eignen Portion liegt, mithin gar nicht in dem Restitutionsobjekte enthalten ist[19]. — Was dagegen das Vermächtniß betrifft, so weit es auf der eignen Portion des Fiduciars ruht, so gilt darüber Folgendes: 1) Das vermachte Objekt ist soweit immer und jedesmal in der Restitution mitbegriffen. Hierfür wollen wir uns nicht einmal auf die ausdrücklichen Worte des fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. „ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, et id D. Marcus decrevit" berufen, es wird sich weiter unten zeigen, daß diese Worte in der That eine ganz andere Absicht haben, als anzugeben, welche Theile eines Prälegates in das Universal-Fideikommiß einer pars hereditaria fallen oder nicht fallen; das brauchte nicht erst ein Kaiser zu bestimmen, das konnte kein Kai-

---

[17]) fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1): Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit. — Dahin gehört also sowohl der von den Miterben zu leistende Theil eines eigentlichen Prälegats, als auch diejenigen Vermächtnisse, welche ganz und ausschließlich von den Miterben, oder von einem oder einigen derselben dem Fiduciar zu präftiren sind.

[18]) Darum hat der Fiduciar das Vermächtniß soweit nicht in die Trebellianische Quart einzurechnen, fr. 91 D. ad leg. Falc. (35. 2), fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1), nur Compensation mit demselben tritt ein, soferne der Fiduciar seine Portion gerade den Miterben, aus deren partes er das Vermächtniß erhält, restituiren soll. c. 24 C. fam. erc. (3. 36): compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit.

[19]) Daher braucht der Fiduciar auch die Erbtheile nicht zu restituiren, welche er als Universal-Fideikommisse von den coheredes erhalten hat, quia hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa continentur. fr. 96 D. de leg. III.

ser anders bestimmen, so wenig es ein entgegenstehender Wille des Erblassers zu ändern vermag, es folgt mit Rechtsnothwendigkeit aus der durch das Sct. Treb. geschaffenen Natur des Objektes der Restitution. Dieses Objekt, das von den res hereditariae unabhängige und qualitativ verschiedene juris nomen der hereditas oder pars hereditaria zieht bei seiner Restitution sämmtliche in ihm enthaltene res hereditariae von selbst und unvermeidlich nach sich; es ist mithin juristisch unmöglich, daß der Fiduciar auch nur eine einzige dieser res dabei jure heredis zurückbehalte[20]). Darum gilt das Gesagte immer und jedesmal, das Vermächtniß mag in Geld oder in einer species bestehen, der Fiduciar mag Universalerbe oder Theilerbe sein, das Vermächtniß mag in dem letzteren Falle ganz oder zum Theile auf der pars des Fiduciars ruhen, ebenso gilt es selbst dann, wenn der Erblasser ausdrücklich angeordnet hat, der Fiduciar solle sich bestimmte Sachen zurückbehalten (restituas deducta, praecepta, retenta certa re vel summa). 2) Obwohl aber der Fiduciar das vermachte Objekt, soweit es in seiner eignen Portion liegt, durch deren Restitution nunmehr jure heredis an den Fideikommissar verloren hat, ist es doch keineswegs des Erblassers Wille, daß er dasselbe so weit wirklich einbüßen soll. Am augenscheinlichsten zeigt sich dieß da, wo dem Universalerben die Restitution der ganzen Erbschaft unter Zuwendung eines Vermächtnisses aufgegeben, sowie da, wo dem Theilerben ein lediglich auf seiner zu restituirenden Portion ruhendes Geld-Vermächtniß zugewiesen ist; ganz dasselbe muß aber auch da gelten, wo dem Theilerben als Fiduciar ein in media hereditate gelegenes Objekt vermacht ist. Ueberall hier hat der Erblasser das ganze Objekt vermacht, ex voluntate testatoris also soll der Fiduciar überall das ganze Objekt erhalten. Dieser Wille des Erblassers realisirt sich denn auch in der That, und

---

[20]) vergl. oben Seite 97.

zwar für alle genannten Fälle in folgender Weise: die Last des Vermächtnisses, soweit dasselbe auf der zu restituirenden Erbschaft oder Erbportion ruht, ist mit dieser auf den Fideikommissar übergegangen, von diesem als dem nunmehrigen Onerirten fordert es der Fiduciar, er erhält es nun zum zweitenmale, jetzt aber jure legati, aus der ihm durch die Restitution fremd gewordenen Erbschaft oder Erbportion. Statt das vermachte Objekt von dem Fideikommissar in Wirklichkeit zurückzufordern, darf indessen der Fiduciar, soferne er sich im Besitze der in dem Restitutionsobjekte enthaltenen res hereditariae befindet, dasselbe sogleich bei der auf die Restitution des juris nomen der hereditas folgenden Baarrestitution der darin enthaltenen res hereditariae zurückbehalten (retinere, deducere, praecipere), beziehungsweise das in Geld bestehende Vermächtniß durch Versilberung von res hereditariae sich selbst realisiren[21]). Restitution und dennoch Retention sind also hier keine Widersprüche, erstere bezieht sich auf Restitution mit dem juris nomen der hereditas, letztere auf Zurückbehalten bei der Baarrestitution der res hereditariae. — Ganz diesen Gesichtspunkten gemäß finden wir denn (vorerst abgesehen von fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb.) in den Quellen überall, daß der Fiduciar die ihm zugewiesene res, auch soweit sie in der restituirten Erbschaft oder Erbportion liegt, im Effekte dennoch erhält; ferner wird dabei nirgends gesagt, daß er sie so weit jure hereditario behalte, vielmehr wird theils ausdrücklich hervorgehoben, er habe die Sache als ex legato ei acquisita, theils wird dieser Titel als selbstverständlich vorausgesetzt[22]). 3) Obwohl nun der Fiduciar das

---

[21]) vergl. oben Seite 98.

[22]) Hierher gehört: 1) §. 9 J. de fid. her. (2. 23). Hier heißt es zunächst: wenn der Universalerbe gebeten ist, die Erbschaft zu restituiren deducta sive praecepta aliqua re, so gehen einerseits die actiones auf den Fideikommissar in solidum über, andrerseits bleibt die res bei dem Fiduciar sine ullo onere hereditario als quasi ex legato acquisita zurück; die

vermachte Objekt, soweit es auf der restituirten Erbschaft oder Erbportion ruht, von dem Fideikommissar jure legati zurückerhält, beziehungsweise kurzer Hand retinirt, hat er dasselbe, wenn er auf das Trebellianische Viertel provocirt, soweit dennoch nicht supra quartam. Allerdings wird dieses Vermächtniß nicht eigentlich imputirt in die Quart, allein vermöge der hier Platz greifenden Grundsätze über Compensation gegenseitiger Vermächtnisse (des Universal-Fideikommisses gegenüber dem aus dem Restitutionsobjekte zurück zu erhaltenden Singular-Vermächtnisse) kann sich der Fiduciar die Quart so weit nicht abziehen, als er in derselben durch das von dem Fideikom-

---

Erläuterung s. bereits oben Seite 97 und 98. Darauf sagt die Stelle ausdrücklich: „sed et si certa summa deducta praeceptave — rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quae autem diximus de eo, qui ex asse heres institutus est, eadem transferimus et ad eum, qui ex parte heres scriptus est. Bedenkt man nun weiter, daß das in dieser Stelle von den hier vorausgesetzten stillschweigenden Vermächtnissen (deducta sive praecepta re vel summa) Gesagte ganz gleichmäßig auch für ausdrücklich angeordnete Vermächtnisse anwendbar sein muß, so enthält §. 9 J. cit. in der That den Beweis für die allgemeine Tragweite der von uns oben behaupteten Grundsätze. 2) Daß nach fr. 77 pr. D. de leg. II und fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. der Fiduciar, welcher die Erbschaft oder seine Erbportion accepta pecunia restituiren soll, die pecunia lediglich de suo retinirt, hat, wie nunmehr erhellt, den einfachen Sinn: dieses, ausschließlich auf seiner Portion haftende Geldvermächtniß kann er, statt es von dem Fideikommissar einzufordern, bei der Baarrestitution der res hereditariae sich selber auszahlen; ebenso ist es in fr. 58 §. 3 D. cit. bezüglich des in der pars des Fiduciars liegenden Theiles der praedia. 3) Wenn es in c. 24 C. fam. erc. (3. 36.) heißt: „hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta“, so bedeutet das nicht, der Fiduciar behalte diese pars praedii jure hereditario, und rechne dieselbe darum in die Quart ein, sondern es bedeutet: diesen ihm ursprünglich jure heredis zustehenden Theil des Prälegates behält er bei der Baarrestitution der res hereditariae als Legat, welches ihm eigentlich die Fideikommissare zurück zu geben hätten, kurzer Hand zurück, hat aber denselben nicht supra quartam aus dem oben im Texte unter Nummer 3 anzugebenden Grunde. 4) Ebenso enthalten die viel besprochenen Worte: „Titium legata integra retinere debere“ in fr. 86 D. ad leg. Falc. (35. 2) nichts als eine Anwendung der allgemein von uns behaupteten Grundsätze.

missare Zurückzuerhaltende gedeckt ist. In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn die Quellen sagen, er percipire das ihm zugewendete Objekt jure Falcidiae, er retinire dasselbe quartae nomine [23]).

Daß, wie in dem Vorstehenden gezeigt worden, der Fiduciar das ihm zugedachte Vermächtniß, soweit es aus den partes der Miterben kommt, überhaupt nicht restituirt, soweit es dagegen auf der von ihm zu restituirenden Erbportion oder ganzen Erbschaft ruht, aus derselben jure legati zurückerhält, gilt nun aber nur dann, wenn der in dem Bisherigen vorausgesetzte Fall wirklich vorliegt, d. h. wenn dem Erben die Restitution der Erbschaft oder seines Erbtheils, also nur ein Universal-Fideikommiß auferlegt ist. Dagegen kann es sehr wohl sein, daß er außer dem Universal-Fideikommisse auch die ihm hinterlassenen Vermächtnisse an den Fideikommissar herausgeben muß. Dieß nämlich [abgesehen natürlich von dem Falle einer erzwungenen Erbschaftsantretung [24])] dann, wenn es des Erblassers Wille ist, wenn also der Erblasser mehr als ein Universal-Fideikommiß angeordnet hat [25]), sei es, daß er ausdrücklich auch die Restitution der Vermächtnisse auferlegt hat [26]),

---

[23]) fr. 91, fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2). fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1). c. 24 C. fam. erc. (3. 36), vergl. darüber bereits oben Seite 108 ff.

[24]) fr. 55 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[25]) Eine solche umfangsreichere Restitution wird der Erblasser in der Regel nur dann auferlegen, wenn dieselbe erst in späterer Zeit, besonders erst nach dem Tode des Fiduciars erfolgen soll, wie dieß auch die Quellen fast durchgängig voraussetzen (s. die Stellen unten in Note 26—29), während andrerseits dann, wenn der Fiduciar die Erbschaft oder seine Erbportion alsbald nach deren Erwerb restituiren soll, die häufigste Veranlassung sein wird, ihm dafür dauernd ein Vermächtniß zuzuwenden.

[26]) fr. 78 §. 14 D. ad Sct. Treb. (36. 1). — Stellen, wie fr. 34 §. 2, fr. 38 §. 8 (fr. 93 §. 5), fr. 39 §. 2 D. de leg. III. fr. 31 §. 1 D. de adim. (34. 4). fr. 48 pr. D. de jure fisci (49. 14) gehören gar nicht hierher, da sie den Fall voraussetzen, daß ein Erbe nur das Prälegat, nicht auch seinen Erbtheil restituiren soll.

oder daß seine Auflage ganz allgemein lautet, z. B. der Erbe soll seine Portion, er soll Alles, was aus der Erbschaft an ihn gekommen ist [27]), restituiren, insofern nicht etwa bei einer solchen allgemeinen Auflage die dem Fiduciar zugewandten Vermächtnisse ausdrücklich ausgenommen sind [28]), oder der Fiduciar nachweisen kann, daß der Wille des Erblassers doch nicht auf Restitution auch der Vermächtnisse gerichtet war [29]).

Gerade darum wird aber oft die faktische Frage äußerst wichtig: bei welchen von dem Erblasser gewählten Ausdrücken ist anzunehmen, derselbe habe lediglich ein Universal-Fideikommiß und nicht eine allgemeinere, auch die dem Fiduciar hinterlassenen Vermächtnisse umfassende, Restitution gewollt? Während nun diese Frage bei der Auflage, der Erbe solle die „hereditas" [30]), oder er solle seine „pars hereditatis" [31]) restituiren, schon durch diese Worte [32]) keinen Zweifel zuläßt, entschied Mark Aurel, daß die Absicht des Erblassers, lediglich ein Universal-Fideikommiß anzuordnen, auch dann angenommen werden solle, wenn er den Theilerben gebeten habe, seine „portio hereditatis" zu restituiren. Dieß ist unsrer Ansicht nach der Sinn der vielbesprochenen Worte von Ulpian:

fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. (36. 1): Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit, ceterum quod a semetipso ei re-

---

[27]) fr. 77. §. 12 D. de leg. II. fr. 3 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1). c. 16 C. de fideic. (6. 42).

[28]) fr. 3 §. 3 D. de usuris (22. 1). fr. 40 §. 1, fr. 41 §. 14 D. de leg. III. fr. 78 §. 13 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[29]) c. 16 C. de fideic. (6. 42) verb.: „sane quoniam« etc.

[30]) §. 9. J. de fid. her. (2. 23). fr. 18 §. 2 D. de his, quae ut indign. (34. 9). fr. 86 D. ad leg. Falc. (35. 2). fr. 18 §. 2 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

[31]) fr. 77 pr. D. de leg. II.

[32]) fr. 96 D. de leg. III s. oben Seite 434 Note 19.

lictum est, in fideicommissum cadit; et id Divus Marcus decrevit.

Der Kaiser bestimmt nicht, wie man annimmt, was ein Theilerbe, welcher anerkannt nur seine pars hereditaria als Universal-Fideikommiß zu restituiren hat, von den ihm hinterlassenen Vermächtnissen behalten oder nicht behalten dürfe (das stand schon vor Mark Aurel fest, und bedurfte überhaupt keiner kaiserlichen Entscheidung), sondern er bestimmt, daß in der Anordnung „restituas portionem hereditatis" ein Universal-Fideikommiß der pars hereditaria und nur dieses anzuerkennen sei[33]; dieß aber drückt er (oder auch vielleicht nur Ulpian) indirekt in der Weise aus, daß er angibt, wie weit die dem Fiduciar hinterlassenen Vermächtnisse durch die Restitution des juris nomen der pars hereditatis afficirt und nicht afficirt werden. Die Stelle ist mithin also wiederzugeben:

ist einem Theilerben auferlegt, seine portio hereditatis zu restituiren, so (ist darin lediglich ein Universal-Fideikommiß der pars hereditaria zu erblicken und demgemäß) hat der Fiduciar von dem ihm zugewendeten Vermächtnisse nur denjenigen Theil nicht zu restituiren, welcher auf der pars des Miterben ruht, dagegen der auf seiner eignen pars ruhende Theil des Vermächtnisses ist allerdings in der Restitution mitbegriffen; und dieß bestimmte Divus Markus.

---

[33]) Gerade wie Ulpian in fr. 3 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36. 1) es einer kaiserlichen Entscheidung zuschreibt, daß da, wo der Erbe gebeten ist, portionem suam (nicht portionem hereditatis) restituere, auch die Vermächtnisse als in der Restitution mitbegriffen gelten sollten, quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem; in portionem autem et praeceptiones videri cecidisse. — Daß die dem Theilerben gemachte Auflage, portionem hereditatis restituere, nur ein Universal-Fideikommiß der pars hereditaria des Fiduciars enthält, findet sich denn auch vorausgesetzt in Gordian's c. 24 C. fam. erc. (3. 36).

Das dann weitere und definitive Schicksal des auf dem Restitutionsobjekte ruhenden Theiles des Prälegates wollen die Worte „in fideicommissum cadit" keineswegs afficiren, die Meinung der Stelle ist nicht, daß dieser Theil dem Fideikommissar auch wirklich verbleibe, vielmehr richtet sich die weitere Behandlung selbstverständlich nach den deßfallsigen allgemeinen Grundsätzen, wonach aber, wie wir wissen, der Fiduciar im endlichen Effekte doch die legata integra erhält, und zwar dieß dadurch, daß er jenen in der Restitution des juris nomen der hereditas mitbegriffenen Theil derselben von dem Fideikommissar jure legati zurückerhält, oder bei der Baarrestitution der res hereditariae kurzer Hand sich selber retinirt. — So verschwindet aller anscheinende Widerspruch zwischen fr. 18 §. 3 D. ad Sct. Treb. und dem (in seiner hieher gehörigen Aeußerung „legata integra retinere debere" so vielfach durch andere Stellen unterstützten) fr. 86 D. ad leg. Falc. —

Nach diesen Zwischenerörterungen, welche zur Begründung der bezüglich der res certa zuletzt (S. 431 Nummer B.) aufgestellten Behauptungen nothwendig waren, gehen wir in der Einzelgestaltung unsres Rechtsverhältnisses weiter, und wenden uns zunächst

III. zu der Art und Weise, wie der beschränkt Eingesetzte das Vermächtniß der res certa erwirbt und geltend machen kann. Die Grundsätze sind hier einfach.

Während der Erbschaftserwerb des beschränkt Eingesetzten den dies cedens für dieses Vermächtniß enthält (s. oben Seite 425 Nummer I), tritt der dies veniens mit dem Erbschaftserwerb der Unbeschränkten, als der mit Prästation des Vermächtnisses Onerirten, ein. Zur Geltendmachung seines von da an sofort realisirbaren Anspruchs auf die res certa hat der beschränkt Eingesetzte

1) jedenfalls die gewöhnlichen Rechtsmittel der Vermächtnißnehmer. Ganz allgemein also fordert er

mit der sog. actio personalis ex testamento von den Unbeschränkten die Aushändigung der res certa, und zur Sicherung dieses Forderungsrechtes ist ihm in Folge des von Justinian den Vermächtnißnehmern gestatteten Pfandrechts alles dasjenige verpfändet, was die Unbeschränkten aus der Erbschaft erworben haben; ist die res insbesondere eine res propria testatoris, so kann er dieselbe nach neuestem Rechte als Gegenstand eines Vindikationsvermächtnisses von jedem Besitzer vindiciren, besteht sie in einer dem Testator zustehenden Forderung, so darf er dieselbe sofort nach dem dies veniens mit einer actio utilis einklagen. Kurz er hat alle diese Rechtsmittel gerade so in Bezug auf die ganze res certa, wie er dieselben dann, wenn sämmtliche Miterben ebenfalls auf res certae instituirt wären, bezüglich derjenigen Theile der res haben würde, welche ihm hier (zu dem ihm dann jure heredis verbleibenden Theile) aus den partes der Miterben zu leisten wären. Für das Genauere beziehen wir uns daher auf das schon im zweiten Abschnitte (Seite 210—215) deßfalls Ausgeführte, wie sich denn auch die Frage, was alles in concreto zu der res certa gehört, ganz in bereits früher (Seite 216, Nummer 2) angegebener Weise beantwortet.

2) Andrerseits bedarf es keiner Ausführung, daß der beschränkt Eingesetzte in Bezug auf die res keines derjenigen Rechtsmittel gebrauchen kann, womit der Erbe ein ihm titulo heredis zugefallenes Objekt fordert, also namentlich nicht die hereditatis petitio, das interdictum quorum bonorum und das remedium ex l. ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo[34]).

---

[34]) Nicht wenige Juristen freilich haben unsrem heres diese Rechtsmittel gestattet; dieß zeigt aber nur, wohin man bei einem unsicheren oder anomalen Principe nachher in den Folgesätzen getrieben werden kann. Ist es nicht z. B. ein feststehender, durch die Principien des römischen Erbrechts gebotener Satz, daß die hereditatis petitio einem Miterben niemals auf eine ganze res hereditaria, sondern immer nur [fr. 1 §. 1, fr. 7 D. si pars her. pet. (5. 4)] auf den in seiner pars hereditaria gelegenen Theil dieser Sache zusteht?

Eben so wenig ist ein eigenmächtiges Besitzergreifen der res certa mit Ausschluß des interdictum quod legatorum für den beschränkt Eingesetzten begründet [35]).

3) Dagegen fragt es sich, ob er an dem judicium familiae erciscundae Theil nehmen, und dort die Zuweisung der res certa verlangen darf? Unsrer Ansicht nach ist diese Frage ohne Anstand zu bejahen. Wäre freilich das judicium fam. erc. auf seinen ursprünglichen [36]) Zweck der eigentlichen Erbtheilung, des e communione discedere, beschränkt geblieben, dann allerdings dürfte man unsren Erben nicht zu denselben zulassen, eben weil er durch die gesetzliche Restitution seiner Erbportion seit c. 13 C. de her. inst. von vornherein aus dieser communio ausgeschieden, und dieselbe lediglich unter den Unbeschränkten begründet ist [37]). Allein bekanntlich sollen durch das jud. fam. erc. gelegentlich der eigentlichen Erbtheilung auch alle übrigen Ansprüche der Miterben gegen einander berichtigt werden [38]), wozu insbesondere die Realisirung der

---

[35]) In ganz eigenthümlicher Weise gestattet Anton Faber (errores pragm. Dec. 15 error 6) unsrem heres, obwohl derselbe ein bloßer Legatar sei, das Recht, die Sache propria manu zu occupiren. Dieses Recht habe nämlich (was übrigens auch andere Juristen annehmen, z. B. Meier in Schweppe's Handbuch, Bd. V, Seite 318 Note 5) überhaupt ein jeder Vermächtnißnehmer dann, wenn es der Erblasser gestattet habe (?); eine solche Erlaubniß spreche sich nun für unsren beschränkt Eingesetzten auf das Entschiedenste durch die von dem Testator gebrauchten Worte institutio und heres aus (!), ja hier noch viel entschiedener, als bei dem alten legatum per vindicationem, per praeceptionem und sinendi modo relictum, in welchen Legatsformen ebenfalls (s. bes. auch A. Faber Conject. lib. 6 c. 1) eine solche, das interdictum quod legatorum ausschließende, Erlaubniß des Testators zur eigenmächtigen Besitzergreifung (?) enthalten gewesen sei. — Eine nähere Widerlegung dieser Ansicht wird wohl nicht verlangt werden.

[36]) fr. 1 pr. D. fam. erc. (10. 2).

[37]) s. bereits oben Seite 419 Nummer b.

[38]) Roßhirt, Vermächtnisse, Bd. I, S. 286. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XL S. 310. v. Buchholtz, Prälegate, S. 337 Note 34.

zwischen Miterben bestehenden Vermächtnisse, Prälegate [39]), wie simpler Vermächtnisse [40]) gehört. Es liegt nun kein Grund vor, warum ein Fiduciar nach Restitution seines Erbtheils, gestützt auf seine Erbeneigenschaft (welche er ja durch diese Restitution nicht verliert), in dem nun freilich nur durch diejenigen, welche noch praktisch als Erben behandelt werden, zu provocirenden jud. fam. erc. doch nicht wenigstens zum Zwecke der Zuweisung eines ihm von den Miterben zu leistenden Vermächtnisses theilnehmen dürfte. — Hatte doch schon vor c. 13 C. de her. inst. der beschränkt Eingesetzte in dem judicium fam. erc. (an welchem er damals, wie aus dem mehrerwähnten Rescripte Gordian's erhellt, wirklich participirte) nichts weiter zu thun, als die ihm detracta re geschaffene pars hereditaria an die Unbeschränkten zu restituiren, und die res certa, rücksichtlich welcher er damals freilich bis zur wirklichen Restitution seiner pars in einer communio mit den Miterben stand, in Empfang zu nehmen. Das Nichtaufnehmen des Gordianischen Rescriptes in die Compilation aber geschah, wie wir wissen (Seite 415), aus einem anderen Grunde, als um den beschränkt Eingesetzten von dem jud. fam. erc. auszuschließen, auch gehört (s. oben Seite 399 in der Note) dieses judicium keineswegs zu den, ihm seit c. 13 C. de her. inst. versagten, actiones hereditariae.

§. 24.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

IV. Bei der Detailbehandlung des Falles, da sämmtliche Erben auf res certae instituirt sind, haben wir (Seite 225 ff.) gesehen, wie es sehr wohl möglich ist, daß einer oder der andere derselben, obwohl er Erbe wird und Erbe bleibt, dennoch die ihm von dem Erblasser zugewiesene res certa entweder gar

---

[39]) s. oben Seite 148 Note 5.

[40]) c. 7 C. fam. erc. (3. 36).

nicht oder doch nicht vollständig bekommen kann. Ganz dasselbe wird auch hier für den beschränkt Eingesetzten möglich, allein das dann eintretende Verhältniß ist keineswegs immer dasselbe wie das dort wahrgenommene; dieß großentheils als Folge der Verschiedenheit in der grundsätzlichen Gestaltung beider Fälle der institutio ex re certa.

A. Es kann sein, der Testator hat durch Zuwendung der res certa die für Vermächtnisse bestehenden rechtlichen Grenzen der Honorirung überschritten, indem:

1) Erbschaftsschulden vorhanden sind. Hier gestaltet sich Alles einfach nach dem für Vermächtnisse überhaupt geltenden Grundsatze: legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit [1]). Theilweises oder gänzliches Einbüßen des Anspruches auf die res certa ist also die Art und Weise, wie der beschränkt Eingesetzte nöthigenfalls zu den Erbschaftsschulden beizutragen hat. Die Gläubiger können nicht ihn, sondern nur die Unbeschränkten belangen; die Unbeschränkten zahlen aber die Schulden zunächst aus dem nach Abzug der res und der etwa sonst noch ausgesetzten Legate beim Tode des Erblassers übrigen Aktivvermögen, reicht dieses nicht, dann kürzen sich die Vermächtnisse, und somit auch die res certa, soweit als nöthig von selbst; kommen die Schulden dem Aktivnachlasse gleich oder ist die Erbschaft gar überschuldet, dann hat sie überhaupt keinen Vermächtnißnehmer, der beschränkt Eingesetzte geht nunmehr leer aus, seine Einsetzung wird ganz in dem früher (Seite 226 Note 2) angegebenen Sinne nullius momenti [2]).

---

[1]) s. oben Seite 226 Note 1.

[2]) Bei dem Mangel eines richtigen Princips für die grundsätzliche Gestaltung unsrer institutio ex re certa kommt Volkmann, Diss. de her. ex re certa scripto §. 15 zu einer ganz eigenthümlichen Ansicht über die Haftung des ex re Instituirten für die Erbschaftsschulden. Dieser Eingesetzte nämlich erhalte die res nicht titulo singulari wie ein Legatar, sondern unmittelbar von dem Erblasser titulo heredis, aber zugleich als liberatio

2) Eben so einfach gestaltet sich die Kürzung der res certa dann, wenn zwar noch genügendes Aktivvermögen vorliegt, aber die res in das etwaige Pflichttheilsrecht eines der gehörig Eingesetzten eingreift. Einzurechnen in den Pflichttheil hat sich hier derselbe zunächst den ihm verbleibenden Werth sowohl seiner direkten Erbportion als auch seines fideikommissarischen Antheiles an der dem Beschränkten detracta re geschaffenen pars hereditaria. Fehlt ihm hiernach noch etwas an dem vollen Pflichttheile, so erscheint das Vermächtniß der res certa, soweit es von dem Pflichttheilsberechtigten zu prästiren ist, als gravamen, kürzt sich also in Gemäßheit der c. 32 C. de inoff. test. von selbst, und zwar dieß, wenn etwa auch noch anderweite Legate dem Pflichttheilsberechtigten aufliegen, zugleich mit diesen verhältnißmäßig. Wäre auch nach diesen Kürzungen der Pflichttheilsverletzung noch nicht vollständig abgeholfen, dann käme c. 30 C. de inoff. test. zur Anwendung, die übrigen Unbeschränkten hätten dem Verletzten das noch Fehlende zu ergänzen.

3) Die Grenzen der Honorirung können ferner dadurch überschritten sein, daß bei vollständiger Prästation der res certa (mit oder ohne Concurrenz anderweiter Legate) den gehörig Eingesetzten nicht ein volles Viertel ihrer Erbportionen verbleibt. Es fragt sich daher: dürfen sie in solchem Falle dem

---

ab actionibus hereditariis, indem nach c. 13 C. de her. inst. die ganze Schuldenlast lediglich den Unbeschränkten aufliege. Sollten indessen von diesen nicht alle Schulden zu erlangen sein, weil sie entweder cum ben. inventarii angetreten haben, oder weil ihr eignes Vermögen nicht hinreicht, so könnten jetzt die Creditoren nicht unter der institutio ex re certa leiden, dieselbe erscheine nun gleichsam als negotium mortis causa in fraudem creditorum factum. Zwar stehe ihnen hier nicht die actio Pauliana gegen den beschränkt Eingesetzten zu, wohl aber involvire die seiner Einsetzung stillschweigend innewohnende Clausel: ne creditoribus solvatur eine turpitudo, und gelte daher pro non adjecta, soferne nicht der Testator anderweit für die Gläubiger gesorgt habe.

heres ex re certa die Falcidische Quart abziehen?

a) Für das Recht der Compilation ist diese, in den Quellen nicht hervorgehobene[3]) Frage schon den allgemeinen Vermächtnißgrundsätzen zufolge unzweifelhaft zu bejahen; es bedarf daher kaum der Bemerkung, daß wir in dem Falle, da sämmtliche Erben auf res certae instituirt sind (s. oben Seite 238), die Anwendung der Falcidia auf diese res sogar positiv bestätigt gefunden haben.

Das Platzgreifen der lex Falcidia vorausgesetzt, muß sich denn auch im Genaueren das Verhältniß ganz so gestalten, wie überhaupt bei einem Vermächtnisse, welches einem Theilerben hinterlassen ist, der seine Erbportion an die Miterben zu restituiren hat. Demgemäß ist auseinander zu halten der direkte und der fideikommissarische Bestandtheil der vollen, den gehörig Eingesetzten nach c. 13 C. de her. inst. von vornherein zustehenden Erbportionen, und dabei namentlich zu beachten, ob und wieweit, nach den dieserhalb oben (Seite 427 Nummer A) gewonnenen Grundsätzen, das Vermächtniß der res certa auf dem einen oder auf dem andern Bestandtheile jener Portionen lastet; auch ist bei Berechnung der Quart die etwaige Conkurrenz noch andrer von dem Erblasser ausgesetzter Vermächtnisse im Auge zu behalten.

Nehmen wir nun, um die hier eintretenden Gesichtspunkte in sofortiger Anwendung auf ein Beispiel vorzuführen, folgenden Fall an. Die Erbschaft beträgt 400; A ist sine parte instituirt, B ist instituirt auf eine res von 360, sei es auf eine Geldsumme oder auf ein praedium dieses Werthes; außerdem sind 40 als Legate an Nichterben ausgesetzt. — Auf der direkten pars des A im

---

[3]) Wenn es in jenem Rescripte von Gordian (s. oben Seite 355) heißt „Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est," so erhellt doch nicht, mit Rücksicht auf welche, in dem Fragefalle vorgelegenen, Vermächtnisse dieß gemeint war.

Werthe von 200 lasten also hier 160, soferne die res in Geld besteht, resp. die Hälfte des praedium mit 180, außerdem 20 als die Hälfte der anderweiten Legate; auf der fideikommissarischen (dem B detracta rei mentione geschaffenen) pars des A im Werthe von 200 lasten 200, soferne die res in Geld besteht, resp. die andere Hälfte des praedium mit 180, ebenso 20 als die andere Hälfte jener Legate.

Der gehörig Eingesetzte darf nun den Maaßstab der Falcidia nur an denjenigen Theil der res certa legen, welcher seine direkte pars afficirt, nicht auch an denjenigen Theil der res, welcher auf dem fideikommissarischen Bestandtheile seiner Erbportion lastet. In unsrem Falle muß daher A die aus seiner fideikommissarischen pars zu leistende Hälfte des praedium mit 180, resp. die aber daraus mit 200 zu zahlende Geldsumme an den B vollständig entrichten, soweit nicht im Interesse der aus derselben pars zu befriedigenden übrigen Legatare ein Abzug nöthig werden sollte, welcher Abzug dann aber mit der dem gehörig Eingesetzten gegen die res certa zustehenden Falcidia außer Zusammenhang steht [4]).

Für die Frage, ob dem gehörig Eingesetzten die Quart seiner direkten pars verletzt ist, kommen dann alle die, aber auch nur die auf dieser pars haftenden Lasten in Betracht; also die Hälfte des praedium mit 180, resp. wenn die 360 in Geld bestehen, der Rest dieser (aus der fideikommissarischen pars von 200 nicht vollständig zu erlangenden) Summe mit 160, und daneben 20 als die Hälfte jener anderweiten Legate. — Zeigt sich hiernach

---

4) Gerade darum gehen wir hier nicht weiter auf die Frage ein, inwiefern dieser Abzug (im Interesse der übrigen Legatare) von der res certa wirklich gemacht werden darf, s. darüber unten Nummer IV, D. 1 dieses Paragraphen. — Eben so wenig berührt uns hier die Frage, ob und wieweit der gehörig Eingesetzte sich den übrigen Legataren gegenüber die Quart seiner fideikommissarischen Portion frei halten darf, s. darüber unten §. 25 Nummer 2, b. a. E.

die Quart der direkten pars wirklich verletzt (und dieß ist hier der Fall, indem von 200, als dem Werthe dieser pars, geleistet werden sollen 20 + 180, resp. 20 + 160), so geschieht die Berechnung des nöthig werdenden Abzugs verhältnißmäßig von allen diesen Lasten, mithin werden die 20 + 180 reducirt auf 15 + 135, die 20 + 160 auf 16 ⅔ + 133⅓. — Dagegen der wirkliche Abzug nach dem so berechneten Verhältnisse trifft vollständig nur jene anderweiten Legatare (diese erhalten statt 20 nur 15 resp. 16⅔ aus der direkten pars des A), rücksichtlich der res certa unterbleibt er in Folge der Grundsätze über Compensation gegenseitiger Vermächtnisse insoweit, als der gehörig Eingesetzte [5]) gedeckt wird durch den Werth desjenigen, was er aus der ihm fideikommissarisch zugefallenen pars des ex re Instituirten behält; nur soweit er etwa noch außerdem durch die res in seiner Quart verletzt ist, zieht er dieselbe der res ab [6]). In unsrem Beispiele nun würde der an der res berechnete Abzug allerdings auch vollständig realisirt, indem hier zufälliger Weise nichts zu compensiren ist; denn besteht die res certa (mit 360) in Geld, so bleibt dem A aus seiner fideikommissarischen pars schon der res certa wegen nichts, besteht sie aber in jenem praedium, so ruhen 180 als die Hälfte dieses

---

[5]) Hat der ex re instituirte Miterbe seine pars an einen Nichterben zu restituiren, dann tritt eine solche Compensation zwischen Ersterem und den gehörig Eingesetzten natürlich überhaupt nicht ein.

[6]) Hier kommen die Schlußworte des oben (Seite 428 Note 5) seinen vorhergehenden Worten nach abgedruckten fr. 58 §. 3 D. ad Sct. Treb. zur Anwendung: „Quum autem praedia majoris pretii, quam portio hereditatis essent, in superfluo praediorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est; concurrentem enim pecuniam (d. h. soweit der Werth des von dem Fideikommissar aus seiner pars an den Fiduciar zu leistenden Theils des praedium gedeckt wird durch dasjenige, was der Fideikommissar aus der pars des Fiduciars an Werth behält) compensari placuit.“ S. über diese Stelle Stemann in Elvers Themis, neue Folge, Bd. I S. 283. v. Vangerow, Lehrb. der Pand. Bd. II, S. 491. v. Buchholtz, Prälegate S. 250 Note 63 ff.

praedium, und daneben noch 20 von jenen anderweiten Legaten auf der fideikommissarischen pars, wodurch denn diese auch hier erschöpft wird.

b) Eine andere Frage ist, ob auch noch seit Nov. 1 cap. 2 §. 2, wonach die Falcidia nicht mehr wider Willen des Erblassers zur Anwendung kommt [7]), dem heres ex re certa institutus von den gehörig eingesetzten Miterben die Quart abgezogen werden darf?

Während wir diese Frage da, wo sämmtliche Erben auf res certae instituirt sind, durchgängig verneinen mußten (s. oben Seite 241 ff.), können wir dieß, eben im Interesse der voluntas testatoris, nicht in gleichem Maaße für die gegenwärtigen Fälle der institutio ex re certa. Zwar macht sich auch hier der Gesichtspunkt geltend, daß die res im Sinne des Erblassers als Erbportion erscheint, er also nicht daran dachte, wie an diese, vermöge bloßer juristischer Construktion sich als Vermächtniß darstellende, Zuwendung der Maaßstab der Falcidia gelegt werden könne; allein andrerseits wirft sich die Frage auf: welche Vorstellung hatte der Testator von dem Werthe des den gehörig Eingesetzten übrig bleiben sollenden Vermögens? eine Frage, welche natürlich da nicht entstehen konnte, wo der Erblasser, sämmtliche Erben auf res certae einsetzend, zugleich allseitig die in seinem Vermögen enthaltenen Objekte hervorgehoben hat.

Kannte der Erblasser den Stand seines demnächstigen Nachlasses, dann allerdings ist Gewißheit über seinen Willen vorhanden, daß der ex re Instituirte die res unverkürzt, die gehörig Eingesetzten nur das hiernach noch Uebrige erhalten sollen; ebenso dann, wenn er dem Ersteren die res unverkürzt unter allen Umständen, wie wenig auch den Letzteren übrig bleibe, zuzuwenden beabsichtigt hat.

---

[7]) s. oben Seite 117 ff.

Läßt sich dagegen eine solche Kenntniß, eine solche Absicht des Erblassers im Fragefalle nicht nachweisen, dann wird jener Wille, auf welchen doch Alles ankommt, in der That zweifelhaft. Man muß hier der von dem Testator angeordneten Conkurrenz der gehörig Eingesetzten auch für das materielle Bekommen dieser Letzteren Gewicht beilegen, und zugeben, daß dieselben unter der res certa nicht weiter als unter einem ausdrücklich auferlegten Vermächtnisse zu leiden haben.

Wir entscheiden uns also dahin: ist den gehörig Eingesetzten die Quart ihrer direkten partes hereditariae durch die res certa verletzt, so steht ihnen im Zweifel auch noch nach Nov. 1 cap. 2 §. 2 gegen den ex re Instituirten das beneficium legis Falcidiae (ganz nach den obigen genaueren Grundsätzen) zu, insoferne nicht der Letztere beweist, der Erblasser habe entweder gewußt, daß sein Vermögen außer der res mindestens nicht mehr betragen werde, als sich jetzt nach seinem Tode herausstellt, oder er habe die gehörig Eingesetzten unter allen Umständen auf das nach Abzug der res Uebrige, wie unbedeutend auch dasselbe sei, beschränken wollen.

B. In dem Bisherigen (Nummer A) wurde stillschweigends immer der (gewiß auch regelmäßige) Fall vorausgesetzt, daß die res certa ein wirkliches Erbschaftsobjekt ist, oder, wenn Geld, aus Erbschaftsmitteln vollständig geleistet werden kann; allein möglicherweise besteht dieselbe, was auch für die Fälle des vorigen Abschnittes (Seite 245 ff.) hervorgehoben worden, in einem Objekte, welches überhaupt nicht oder doch nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse enthalten ist.

Die hier zunächst entstehende Frage, ob die auf ein solches Objekt gerichtete Erbeseinsetzung selbst als eine gültige betrachtet werden darf, muß ganz wie früher (Seite 245—248) als eine quaestio voluntatis bezeichnet und im Allgemeinen dahin beantwortet werden: die Einsetzung selbst ist nur dann ungültig, wenn die rei mentio entweder ein die Ernstlichkeit des

Willens ausschließendes derisorium, oder einen der Gültigkeit der heredis institutio präjudicirenden Irrthum enthält.

Ueberall sonst wird ungeachtet des mangelnden oder unsichern Objektes der Instituirte dennoch Erbe, gerufen auf die ihm auch hier detracta re geschaffene pars hereditaria. Allein wie gestaltet es sich für ihn mit dem materiellen Bekommen? bleibt es bei der Restitution seiner pars, und geht er auch rücksichtlich der res, also total, leer aus? oder erhält er ein Werthäquivalent der res? oder endlich behält er seine pars hereditaria, indem er weder die res noch deren Werthäquivalent beanspruchen kann? Unsrer Ansicht nach muß die Entscheidung rücksichtlich des materiellen Bekommens hier etwas anders ausfallen als da, wo sämmtliche Miterben ebenfalls auf res certae eingesetzt sind, und zwar dahin: der auf ein solches Objekt Instituirte hat unter allen Umständen, jedoch natürlich mit Einhaltung der unter A angegebenen Grenzen der Honorirung, einen direkten Anspruch auf das Werthäquivalent (aestimatio, Surrogat, Ablösung des Pfandnexus u. s. w. nach Verschiedenheit der Fälle) jenes Objektes; es sei denn, daß die res certa total unkenntlich bezeichnet ist, in diesem Falle behält er den Werth der ihm detracta re geschaffenen pars hereditaria.

1) Das Recht auf ein Aequivalent, vorerst noch abgesehen von der Größe desselben, versteht sich nämlich:

a) schon nach allgemeinen Grundsätzen dann von selbst, wenn der Fall von der Art ist, daß auch ein wirklicher Vermächtnißnehmer hier nicht leer ausgehen würde; was dieser nach den gewöhnlichen Vermächtnißgrundsätzen beanspruchen kann, muß auch unsrem Instituirten zu Theil werden, z. B. der Testator hat ihn wissentlich auf eine res aliena eingesetzt. Hierher gehören denn alle die Fälle, welche bereits im zweiten Abschnitte Seite 249—253 angegeben sind.

b) Daß aber auch da, wo ein wirklicher Vermächtnißnehmer nach allgemeinen Grundsätzen leer ausgehen würde (z. B. die

Sache ist res aliena, der Erblasser hielt sie aber für sein Eigenthum), der Instituirte dennoch jenes Werthäquivalent beanspruchen darf, folgern wir theils aus der hier vorliegenden voluntas testatoris, theils aus der Analogie gewisser Stellen, welche in einem unsrer institutio ex re certa ganz ähnlichen Verhältnisse eben conjectura voluntatis zu derselben Entscheidung kommen. — In ersterer Beziehung argumentiren wir so: da der Eingesetzte die res anstatt [8]) des in seiner pars Enthaltenen bekommt, so dürfte er, würde er wegen der res nicht zufrieden gestellt, diese seine pars behalten; hierdurch aber würde für seine wie für der Unbeschränkten Stellung ein der voluntas testatoris durchaus nicht entsprechendes Resultat herbeigeführt; um dieß zu vermeiden, um das von dem Erblasser Gewollte möglichst zu realisiren, erhält er ein Werthäquivalent der res, wie ihm ein solches der Testator selbst, hätte er gewußt, daß das Objekt nicht oder nicht dauernd und sicher prästirt werden könne, jedenfalls zugewendet haben würde. — Ganz in diesem Sinne entscheiden denn die Quellen ausdrücklich da, wo der Erbe von dem Erblasser wirklich gebeten ist, die Erbschaft zu restituiren praecepta certa re, die res aber von der Beschaffenheit ist, daß ein gewöhnlicher Vermächtnißnehmer rücksichtlich ihrer möglicherweise leer ausgehen könnte. In fr. 72 D. ad Sct. Treb. (s. oben Seite 265 Note 34) heißt es: ist die res praecipienda eine res aliena, so soll der Fiduciar jedenfalls deren aestimatio erhalten, denn es sei anzunehmen, der Testator habe ihm die Sache omnimodo, selbst wenn er sie als res aliena gekannt hätte, zuwenden wollen; ebenso wird in fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb. (s. oben Seite 113 Note 34), wo die res praecipienda mit einem Pfandrechte belastet ist, gar kein Gewicht darauf gelegt, ob der Testator dieß gewußt oder nicht gewußt hat, es wird als selbstverständlich

---

[8]) pro sua institutione, wie wir auch bezüglich des eigentlichen heres ex re certa institutus hier sagen dürfen. S. oben Seite 387 Note 5.

vorausgesetzt, daß der Fideikommissar die vincula pignoris ablösen, oder dem Fiduciar den Werth der von dem Pfandgläubiger evincirten Sache prästiren müsse. Beide Entscheidungen gründen sich auf die conjectura voluntatis insofern, als der Fiduciar, wenn er weder die res praecipienda noch deren Werth bekäme, nun auch die Erbschaft nicht zu restituiren hätte, mindestens die Restitution nur ex Scto Pegasiano mit den mißlichen Folgen des Quartabzugs geschehen, also der Totalzweck der Anordnung des Erblassers vereitelt würde.[9]). — Wir dürfen nun unbedenklich einerseits für den Fall, daß der Erbe ausdrücklich gebeten ist, hereditatem restituere praecepta (deducta, accepta, retenta) certa re, diese beiden Entscheidungen überall da zu Grunde legen, wo der Fiduciar die res entweder gar nicht oder nicht sicher erhalten kann, und er darum rücksichtlich der res nach gewöhnlichen Vermächtnißgrundsätzen leer ausgehen würde, andrerseits dürfen wir eben so unbedenklich diese Entscheidungen in der behaupteten Tragweite analog auch auf unsre institutio ex re certa anwenden[10]). Die einzelnen Fälle, in welchen sich dann der von uns gewonnene Gesichtspunkt geltend macht, sind wieder ganz die schon im zweiten Abschnitte (Seite 272 Nummer a — Seite 281) angegebenen.

Nur allein dann muß begreiflich die Leistung eines Werthäquivalents unterbleiben, wenn das Objekt von dem Erblasser nicht einmal individuell erkennbar bezeichnet ist, z. B. er setzt einen Erben auf einen fundus ein, während er keinen fundus im Vermögen hat, und auch nicht erhellt, welchen fremden fundus er etwa meint; hier verbleibt es (eben in Folge der Grundsätze,

---

[9]) s. oben Seite 109 Note 28, Seite 274 Nummer 3 der dortigen Anmerkung, Seite 277 Nummer 3 der dortigen Anmerkung.

[10]) Somit gebührt denn auch der Nummer 3, a der Anmerkung auf Seite 274, sowie der Nummer 3, a der Anmerkung auf Seite 277 ein (damals dort absichtlich einstweilen unterbliebener) unsre institutio ex re certa betreffender Zusatz.

welchen durch Präſtation des Werthäquivalents ausgewichen werden ſoll) für den Inſtituirten bei dem Werthe der ihm detracta re geſchaffenen pars hereditaria. Uebrigens braucht dadurch keineswegs die Reſtitution dieſer pars rückgängig gemacht zu werden, das Verhältniß läßt ſich einfach in der Art realiſiren, daß die Unbeſchränkten den reinen Werth der in jener pars enthaltenen res hereditariae zurückgeben, während der Antheil an den act. hereditariae fortwährend ihnen allein verbleibt.

2) Gemeinſchaftlich für die unter a und b erörterten Fälle fragt es ſich nun: woraus und wieweit iſt das Werthäquivalent zu leiſten?

a) Bezüglich der erſteren Frage iſt unſre Anſicht folgende: obwohl die res ſelbſt, wenn ſie ſich wirklich und dauernd in der Erbſchaft fände, eben als in media hereditate liegend pro rata aus ſämmtlichen direkten partes zu reſtituiren wäre, ſo muß doch das Aequivalent, als in Geld beſtehend, zunächſt lediglich aus dem Werthe der reſtituirten pars des Beſchränkten, und erſt ſoweit dieſer Werth dazu nicht reicht, aus den direkten partes der Unbeſchränkten geleiſtet werden; dieß nämlich darum, weil, wenn der Erblaſſer von vornherein auf Geld eingeſetzt hätte, den früheren Ausführungen zufolge (Seite 428 Nummer 2) dieſelben Grundſätze gelten würden, die ratio dieſer Art der Belaſtung aber hier offenbar ganz dieſelbe wie dort iſt.

b) Die zweite Frage betreffend, darf das Aequivalent, wie ſchon oben angedeutet, die für Vermächtniſſe beſtehenden Grenzen der Honorirung nicht überſchreiten. Mag daher die von dem Teſtator bezeichnete res noch ſo groß ſein, ihr Aequivalent kürzt ſich jedenfalls bis zum Belaufe des Aktivnachlaſſes, es kürzt ſich weiter durch den etwaigen Pflichttheil der Miterben, ſowie durch Conkurrenz noch andrer etwa ausgeſetzter Legate, es kürzt ſich endlich im Zweifel (ſ. oben Seite 451) nöthigenfalls ſoweit, daß den gehörig Eingeſetzten ein freies Viertel ihrer direkten partes übrig bleibt. Gerade darum iſt es denn auch ganz gleichgültig,

ob die res, beziehungsweise ihr Aequivalent für sich allein schon die Erbschaft überschwert oder nicht; bei einer institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen ergibt sich überhaupt die Abhülfe einer etwa vorhandenen Ueberschwerung der Erbschaft [11]), nachdem einmal die partes hereditariae geregelt sind (Seite 363 Nummer 2), sehr einfach aus den Grundsätzen über die für Vermächtnisse bestehenden rechtlichen Grenzen der Honorirung.

---

[11]) Die in der bisherigen Theorie bestehenden Ansichten über die grundsätzliche Behandlung unsrer institutio ex re certa mußten natürlich zu andern Resultaten hinsichtlich der Abhülfe einer etwaigen Ueberschwerung der Erbschaft in dem vorliegenden Falle führen.

Wer den heres ex re certa für einen reinen Legatar, die gehörig Eingesetzten für die einzigen Erben hielt, mußte die partes hereditariae lediglich unter die Letzteren, und zwar nach gewöhnlichen Grundsätzen, vertheilen, und von diesen Portionen ein freies Viertel gestatten, die res certa also ganz wie ein einem Nichterben zugewendetes Vermächtniß dem Abzuge der quarta Falcidia unterwerfen.

Wer dagegen die res certa als eine (durch die Falcidische Quart nicht zu schmälernde) Erbportion ansah, mußte die hier nöthig werdenden Entscheidungen für problematischer erklären. So wählte v. Vangerow (Leitfaden, Bd. II S. 166 lit. c. S. 167 lit. a u. c) folgenden Ausweg: übersteigen oder erreichen die res certae schon für sich allein die Erbschaft, so sollen die gehörig Eingesetzten ganz wegfallen, die heredes ex re certa also die einzigen Erben sein, welche, wenn es wirklich mehrere sind, und die res die Erbschaft überschweren, so theilen sollen, wie v. Vangerow a. a. O. S. 161 B, 1 a für die Ueberschwerung der Erbschaft in dem Falle, da sämmtliche Erben auf res certae eingesetzt sind, überhaupt das Verhältniß geregelt wissen will; erschöpfen dagegen die res nicht schon an sich die Erbschaft, liegt also die Ueberschwerung nur in den Quoten der gehörig Eingesetzten (mit oder ohne Konkurrenz auch noch von heredes sine parte scripti), dann sollen die ex re Instituirten ihre vollen res erhalten, die Quoten der gehörig Eingesetzten dagegen sollen sich nach gewöhnlichen Grundsätzen über Quotenüberschwerung reduciren. — Sintenis (prakt. Civilr. Bd. III S. 424 lit. cc S. 425 lit. bb) stimmt für den letztern Fall der Vangerow'schen Entscheidung bei, im erstern Falle will er die ex re Instituirten als bloße Legatare, die gehörig Eingesetzten als (einzige) Erben ansehen, und die Vertheilung nach den Grundsätzen der Lehre von der Falcidischen Quart vornehmen.

Vergleichen wir die durch das Bisherige gewonnenen Gesichtspunkte mit denjenigen, welche bezüglich derselben Frage da zur Anwendung kommen (S. 249 ff.), wo zugleich sämmtliche Miterben auf res certae instituirt sind, so ergibt sich Folgendes. Die Grundsätze über ein überhaupt nicht oder nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse enthaltenes Objekt harmoniren für beide Fälle der institutio ex re certa darin: der auf ein solches Objekt Eingesetzte geht (soferne nur seine Einsetzung selbst gültig bleibt) keinenfalls leer aus; dieß darum, weil er in beiden Fällen die res für und gegen Restitution andrer ihm jure heredis erworbener Objekte erhalten soll, hier gegen Restitution seiner pars hereditaria, dort gegen Restitution der in seiner pars gelegenen Theile der den Miterben zugedachten res certae. — Dagegen unterscheiden sich beide Fälle (soferne nicht die res von dem Erblasser total unkenntlich bezeichnet ist) rücksichtlich dessen, was nunmehr der auf ein solches Objekt Eingesetzte zu beanspruchen hat. Sind auch die Miterben auf res certae instituirt, dann bewirkt das sich gegenseitig bedingende Verhältniß aller dieser Zuwendungen, daß darauf gesehen werden muß, ob noch ein unvertheilter, für Prästation eines Aequivalents hinreichender Rest des Nachlasses vorliegt, oder ob durch jenes nicht prästable Objekt die Erbschaft zugleich überschwert ist, indem nur in dem ersteren Falle dem Eingesetzten ein direkter, von dem guten Willen der Miterben unabhängiger Anspruch auf ein Aequivalent zusteht, während er in dem letzteren Falle keinen Ersatz für die res direkt fordern kann, dafür aber auch den Miterben nichts zu ihren res certae beizutragen braucht, vielmehr den Werth seiner pars behalten darf, insofern ihm nicht die Miterben freiwillig so viel ersetzen, als er durch die res certa erhalten sollte. Sind dagegen die Miterben gehörig eingesetzt, dann begründet Ueberschwerung oder Nichtüberschwerung der Erbschaft durch die res certa keine grundsätzliche Verschiedenheit der Entscheidung; in dem einen wie in dem andern Falle hat der ex re Instituirte

einen direkten Anspruch auf ein Aequivalent der res, und in dem einen wie in dem andern Falle kürzt sich der Betrag dieses Aequivalents nöthigenfalls nach den für Vermächtnisse bestehenden Grenzen der Honorirung.

C. Wie in den Fällen des zweiten Abschnittes so auch hier kann der Eingesetzte den Anspruch auf die res certa verlieren durch eigne Schuld (insbesondere durch eine ihn treffende Indignität und durch Verzicht auf die res, welcher Verzicht ihn dann natürlich nicht berechtigt [12]), auf den Werth seiner pars hereditaria zu recurriren) sowie durch veränderten Willen des Erblassers. Hierüber genügen die deßfallsigen früheren Ausführungen (Seite 290 Nummer C); das in dem gegenwärtigen Falle Abweichende ergibt sich in einfacher Weise von selbst.

Nur Folgendes heben wir besonders hervor. So wie der Erblasser, nachdem er im Testamente sämmtliche Erben auf res certae eingesetzt hat, in einem späteren Codicille einem dieser Erben die rei mentio selbst detrahiren darf (s. oben Seite 295), womit dann ganz das Rechtsverhältniß unsres dritten Abschnittes und namentlich die volle Anwendbarkeit der c. 13 C. de her. inst. (s. oben Seite 413 Nummer c) durch ein bloßes Codicill herbeigeführt wird, so kann er auch da, wo er in einem Testamente eine institutio ex re certa neben gehörigen Einsetzungen angeordnet hat, in einem späteren Codicille durch Wegnehmen oder Zuweisen von res certae das ganze Rechtsverhältniß ändern; er kann einen der mehreren gehörig Eingesetzten codicillarisch ebenfalls auf eine res certa beschränken, so daß auch rücksichtlich dieses Erben ganz das Rechtsverhältniß eines mit gehörig Eingesetzten concurrirenden heres ex re certa institutus, namentlich auch wieder c. 13 C. de her., eintritt; er kann sämmtliche neben dem ex re Instituirten in dem Testamente gehörig Eingesetzte codicillarisch ebenfalls auf res certae beschränken, und somit das für

---

[12]) s. auch fr. 11 §. 3 D. de leg. III.

eine Einsetzung sämmtlicher Erben auf res certa geltende Rechtsverhältniß herbeiführen; er kann endlich dem neben gehörig Eingesetzten auf eine res certa Instituirten codicillarisch die res detrahiren, wo sich dann Alles so gestaltet, als sei überhaupt keine institutio ex re certa, sondern lediglich eine Reihe gehöriger Erbeseinsetzungen vorhanden.

D. Die Frage betreffend, ob der beschränkt Eingesetzte unter Umständen durch Konkurrenz von Vermächtnissen zu Gunsten Anderer seine res certa theilweise, vielleicht gar gänzlich einbüßen muß, hat man zu unterscheiden die Vermächtnisse, welche auf der Erbschaft selbst ruhen, und diejenigen, welche von dem Erblasser speciell dem heres ex re certa auferlegt sind.

1) Die auf der Erbschaft selbst ruhenden Vermächtnisse (das eigentliche onus legatorum) treffen ihn, wie schon früher (Seite 420 Note 4) bemerkt, zwar in thesi allerdings zu dem Theile, zu welchem sie auf seiner pars hereditaria lasten, allein mit dieser pars sind auch die darauf ruhenden Legate auf die Unbeschränkten als Fideikommissare übergegangen, diese also haben sie ex persona heredis ex re certa instituti zu bezahlen.

Dennoch kann auch der beschränkt Eingesetzte zu diesem Legatentheile beizutragen haben. Wenn nämlich seine res certa, soweit sie ebenfalls aus der restituirten pars zu prästiren ist, ¼ des Werthes der letzteren übersteigt, und zugleich jener Legatentheil mehr als den dann noch übrigen Rest dieses Werths beträgt, so muß im Interesse der Legatare die res, soweit sie auf der restituirten pars ruht, nöthigenfalls bis zu ¼ des Werths dieser pars gekürzt werden. Denn würde der Fiduciar seine pars behalten, so müßte er ebenfalls volle ¾ derselben auf die Legate verwenden [13]).

---

[13]) fr. 1 §. 17 D. ad Sct. Treb. (36. 1).

Zur Erläuterung setzen wir hier die Gestaltung jenes, bereits bei einer früheren Erörterung (Seite 447 ff.) gewählten Beispielsfalles fort: die Erbschaft beträgt 400, A ist gehörig, B auf eine Geldsumme von 360 instituirt, außerdem sind 40 als Legate an Nichterben ausgesetzt. Auf der restituirten pars des B (im Werthe von 200) haften 200 von der ihm per institutionem zugewendeten Geldsumme, und zugleich 20 als die Hälfte jener Legate, um 20 also ist diese pars überschwert. Behielte nun B seine pars, und er selbst hätte den Nichterben ihre Legate zu bezahlen, so müßte er denselben ihre vollen 20 prästiren, denn es bliebe ihm dann immer noch seine Quart (von 50) frei. Daher kürzen sich denn auch von seiner restituirten pars die ihm gebührenden 200 auf 180, die Legatare erhalten daraus ungeschmälert ihre 20. — Selbst wenn der auf der restituirten pars ruhende Theil jener Legate nicht 20, sondern 150 betrüge, müßte sich B auf 50 kürzen lassen, und den Legataren wären volle 150 auszuzahlen. Mehr aber auch nicht; gesetzt z. B. die Legatare hätten 160 zu fordern aus der pars, dann allerdings würden sie um 10 gekürzt, damit dem B 50 als Quart seiner pars verblieben.

2) Hat der Testator speciell dem heres ex re certa institutus ein Legat auferlegt, so ist dieses als sog. Aftervermächtniß anzusehen, also aus dem Werthe der res certa zu prästiren. Dasselbe darf demnach vorerst auf keinen Fall den Werth der res certa übersteigen, soweit kürzt es sich nöthigenfalls von selbst, denn Niemand kann mehr onerirt werden, als er im Effekte honorirt ist. Wie aber, wenn das Legat dem Werthe der res certa gleichkommt, oder doch wenigstens mehr als $^{3}/_{4}$ dieses Werthes beträgt? Daß sich dann der Beschränkte von der res certa, also in seiner Eigenschaft als Vermächtnißnehmer, keine Quart abziehen darf, ist gewiß, da einem Vermächtnißnehmer als solchem nicht die Falcidia gebührt [14]). Allein

[14]) s. auch oben Seite 302 Nummer a.

insoferne er berechtigt ist, sich als Erbe von seiner pars hereditaria die quarta (Trebellianica) abzuziehen, darf er dieß ohne Anstand auch dann, wenn er (wie hier) die res certa, welche er sich auf diese Quart compensando aufrechnen muß, nicht dauernd und sicher behält; er zieht aber hier nicht dem Aftervermächtnißnehmer, sondern dem Universal-Fideikommissar (dem gehörig Eingesetzten) die Quart ab [15]. So war es denn auch sicherlich in dem Rechte der Compilation. Erweist sich aber die unten (§. 25 Nummer 2 b) aufzustellende Behauptung als richtig, daß dem heres ex re certa institutus als Fiduciar seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 kein Recht mehr auf die sog. Trebellianische Quart zusteht [16], dann muß er nach neuestem Rechte die res certa bis zum Belaufe des Aftervermächtnisses allerdings einbüßen, also möglicherweise ganz leer ausgehen, soferne er nicht einen Rechnungsfehler des Erblassers in der Größe des Aftervermächtnisses nachweisen kann, oder als Pflichttheilsberechtigter in der Lage ist, dieses gravamen unbeachtet zu lassen.

E. Ist ein Descendent des Testators neben anderen Descendenten zum Erben eingesetzt, aber auf eine res certa beschränkt, und er hat von dem Erblasser schon bei dessen Lebzeiten zur Collation geeignete Zuwendungen erhalten, so fragt es sich, ob ihn die von Justinian in Nov. 18 cap. 6 eingeführte testamentarische Collationspflicht trifft?

---

[15]) arg. fr. 93 D. ad leg. Falc. (35. 2): Acceptis a Maevio centum, hereditatem Maevio restituere, pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est; quamquam haec centum quartam bonorum efficiunt, tamen propter fideicommissum sequens quartae retentioni locus erit; tunc enim ex Constitutione Divi Hadriani Falcidiae satisfacit ea quantitas, quum apud heredem remanet. Sed Falcidiam patietur solus, cui hereditas relicta est; nam in centum, quae mortis causa capiuntur, admitti Falcidia non potest.

[16]) Damit steht nicht im Widerspruche das vorhin unter 1 Bemerkte, eben weil er dort die Quart nicht als Fiduciar, sondern so, wie wenn er seine pars gar nicht restituirt hätte, frei behält.

Diese selten angeregte und doch praktisch höchst wichtige Frage wird verneint namentlich von Fein[17]), aus dem doppelten Grunde, weil der heres ex re certa institutus, obwohl er Erbe sei, doch dadurch, daß sich sein Anspruch bei der Erbtheilung auf die res certa beschränke, und er weder an den übrigen Aktivis der Erbschaft, noch an den Schulden Antheil nehme, sich zu seinen Miterben wie ein Legatar verhalte, und dann weil ihm eine Quote fehle, nach welcher die Collation in aktiver Hinsicht vorgenommen werden könne.

Wir können dieser Ansicht nicht beipflichten, glauben vielmehr, daß der heres ex re certa institutus, obschon er (auf die uns jetzt dem Grundsatze nach bekannt gewordene Weise) im Effekte des Bekommens wie ein Legatar dasteht, dennoch unter den sonstigen allgemeinen Voraussetzungen als collationspflichtig betrachtet werden muß. — Dafür spricht offenbar schon die Billigkeit; sollte derjenige, welchem als Erben der Testator direkt bona zugewiesen hat, weniger collationspflichtig sein als derjenige, welcher erst durch seine pars hereditaria zu Vermögensobjekten gelangt, da doch Collation wesentlich gerade materielle Ausgleichung unter den Erben zur Tendenz hat? Unsre Meinung findet aber auch ihre vollständige rechtliche Begründung: als Vermächtniß erscheint die res certa nur vermöge juristischer Construktion, der Erblasser selbst hat sie als wirkliche Erbportion zugewendet, dieß wenn auch unjuristisch, so doch seinem Willen nach; nun aber beruht anerkannterweise die ganze kraft Nov. 18 cap. 6 bei der testamentarischen Erbfolge eintretende Collationspflicht auf nichts anderem als auf Befolgung der muthmaßlichen voluntas testatoris[18]). Liegen daher im einzel-

---

[17]) Recht der Collation, Seite 377, Nummer 3; ihm folgt Sintenis (prakt. Civilr. Bd. III Seite 544 Note 7 a. E., obwohl er (ebendas. Seite 417 Note 21) die res certa auch juristisch als die Erbportion des Instituirten ansieht.

[18]) Fein selbst (a. a. O. Seite 372) sagt von Nov. 18 cap. 6: „Aus

nen Falle keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Erblasser den ex re Instituirten von Collation befreit wissen wollte [19]) so kann jene vermuthliche voluntas unmöglich unter der bloß juristischen Construktion leiden, durch welche in Aufrechterhaltung der institutio ex re certa der Eingesetzte die res als Vermächtniß erhält, im Gegentheile, die schon mehr erwähnte, bei diesem Erben vorliegende Unzertrennlichkeit von Erbschaft und Vermächtniß bringt es mit sich, daß derselbe conferiren muß, wie er es müßte, wenn die res auch juristisch seine Erbportion wäre.

Was sodann den Theilungsmaaßstab betrifft, so fehlt es vorerst dem beschränkt Eingesetzten, wie wir nunmehr wissen, keineswegs an einer Quote, diese ist die detracta re geschaffene pars hereditaria; dennoch aber richtet sich nicht nach dieser pars, welche ja der Beschränkte nicht behält, der Theilungsmaaßstab, sondern derselbe ist einfach, und zwar wieder ex voluntate testatoris der folgende: das conferendum wird unter dem Collationspflichtigen und den Collationsberechtigten nach dem Verhältnisse des Werthes der res und dem Verhältnisse des dann noch übrig bleibenden Werthes der (direkten wie fideikommissarischen) Portionen der Unbeschränkten berechnet. Dieser Auffassung steht nämlich keineswegs der Umstand entgegen, daß die Quellen bei

---

der Motivirung „„quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustiatus, hujus non esset memoratus““ ersehen wir aber, daß die ganze Sanktion als eine vom Gesetzgeber vorgenommene Vervollständigung eines unvollständig erklärten Willens des Erblassers aufgefaßt werden muß.“

[19]) So kann der Testator einem Instituirten gerade darum, weil er schon bei Lebzeiten an ihn (an sich zur Collation geeignete) Zuwendungen gemacht hat, aufgeben, contentus certis rebus zu sein, was dann als stillschweigender Erlaß der Collation zu betrachten ist, s. auch Fein a. a. O. S. 379 Note 14; wir theilen nämlich die Ansicht, wonach (s. Fein a. a. O. §. 67) die Worte der Nov. 18 cap. 6 „nisi expressim designaverit ipse“ etc. so wenig wie die Worte der Nov. 1 cap. 2 §. 2 „si vero expressim designaverit“ etc. eine ausdrückliche Erklärung des Testators, vielmehr nur das Unzweideutige der voluntas fordern.

dem Theilungsmaaßstabe eines conferendum die Erbportionen des Pflichtigen und der Berechtigten vor Augen haben[20]), denn einmal muß man bedenken, daß in dem Falle einer institutio ex re certa jene Werthbeträge dem Willen des Erblassers nach (welcher doch auch hier entscheiden muß) wirklich als Erbportionen in Betracht kommen, dann aber wird ja auch anderwärts, nämlich bei Collation einer donatio simplex[21]), ein anderer Maaßstab als der pro portione hereditaria angewendet, endlich aber gehen, was nicht zu übersehen ist, die Quellen, indem sie die partes hereditariae im Auge haben, dabei stillschweigends von der (bei der Intestaterbfolge und contra tab. bon. possessio, von welcher allein die Quellen sprechen, gewiß regelmäßig zutreffenden) Voraussetzung aus, daß die Erben an materiellem Vermögen auch wirklich ihre partes vollständig verwerthet erhalten[22]).

Ist unsre Ansicht richtig, so versteht es sich auch, daß da, wo sämmtliche Erben auf res certae eingesetzt sind, und einer oder der andre derselben collationspflichtig ist (ein Fall, welcher hier zu den Erörterungen des zweiten Abschnittes nachgetragen werden soll), der Theilungsmaaßstab sich ebenfalls nicht, wie

---

[20]) s. z. B. fr. 1 §. 24, fr. 2 §. 5, fr. 3 §. 2 D. de collat. (37. 6). fr. 1 §. 14 D. de conj. cum. emanc. lib. (37. 8).

[21]) c. 20 pr. C. de collat. (6. 20). Fein a. a. O. Seite 219. 283. 380.

[22]) Ueberhaupt scheint die Frage noch nicht gehörig gewürdigt, nach welchem Maaßstabe bei testamentarischer Erbschaft (bei welcher durch Anordnung des Erblassers das Bekommen gewiß häufiger als bei der Intestaterbfolge von dem Gerufensein abweichen wird) das conferendum getheilt werde, ob nach dem Werthe dessen, zu was die Erben gerufen sind, oder aber nach dem Werthe dessen, was sie materiell bekommen? Dem Collationsberechtigten werden doch bona überhaupt nicht darum conferirt, weil der Collationspflichtige mit ihm an dem Rechtsbegriffe der Erbschaft participirt, sondern eben darum, weil er ihn zugleich in der unter dem Rechtsbegriffe enthaltenen bona schmälert. — Collation, Pflichttheil, und Falcidia haben (jedes in seiner Art) die materielle Seite eines Erbrechtes im Auge.

Fein[23]) vorauszusetzen scheint, nach der Größe der detracta re geschaffenen partes hereditariae, sondern nach dem gegenseitigen Werthverhältnisse der res certae einschließlich des Werthes der Erbtheile an dem etwa durch die res nicht erschöpften Reste des Nachlasses zu richten hat[24]).

§. 25.

II. Die Folgesätze. (Fortsetzung.)

V. Während wir unter Nummer IV (§. 24) die hauptsächlichsten Fälle hervorgehoben haben, in welchen der heres ex re certa institutus weniger als die res, oder etwas anderes, oder gar nichts erhält, entsteht nun noch die umgekehrte Frage, ob derselbe (natürlich bei fortdauernder Concurrenz wenigstens Eines der Unbeschränkten) unter Umständen mehr als die res certa bekommen kann?

Dieß ist allerdings möglich; zunächst durch später veränderten Willen des Testators, und zwar ganz in Folge der bereits früher (Seite 458) hervorgehobenen Willensänderungen, denn es leuchtet ein, daß der Effekt derselben den ex re Instituirten bald nachtheiliger bald vortheilhafter hinsichtlich des Vermögens stellen wird. Die hauptsächliche Frage aber ist: kann es geschehen, daß er schon kraft gesetzlicher Bestimmung mehr als die ihm von dem Erblasser hinterlassene res certa beanspruchen darf? Hier kommen denn zu Gunsten des Beschränkten (wie oben unter IV zu Gunsten der gehörig Eingesetzten) vornehmlich die

---

23) a. a. O. Seite 378. Fein sagt nämlich: „Wenn dagegen nur ex re certa eingesetzte Erben concurriren, so werden sie bekanntlich als heredes sine partibus instituti betrachtet, welchen die res certae prälegirt worden seien. Sie haben daher alle Rechte und Pflichten eines Erben, und daher muß es" (pro rata hereditaria?) „unter ihnen zur Collation kommen."

24) Dasselbe müssen wir aus gleichen Gründen für den Fall einer von dem Erblasser angeordneten divisio bonorum behaupten.

drei Punkte in Betracht, in welchen ein Erbrecht auf seine materielle Seite sieht: Pflichttheil, Falcidia, Collation.

1) Für den Fall, daß der heres ex re certa institutus in seinem etwaigen Pflichttheilsrechte verletzt ist, gibt Nov. 115 cap. 5 pr. ausdrücklich die mehrerwähnte Bestimmung:

> si vero illis (den Beschränkten) minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus (von den Unbeschränkten) expleatur.

Dabei aber muß er sich vorerst die res certa vollständig in den Pflichttheil einrechnen, wie dieß bereits oben (Seite 227—233) ganz allgemein für alle Fälle der institutio ex re certa, theils aus der Natur der portio legitima (als einer pars bonorum, nicht pars hereditatis), theils gerade aus dem richtig verstandenen Sinne der angezogenen Worte unsrer Novelle gegen die abweichende Ansicht Andrer nachgewiesen worden ist, und sollte ihm ein (aus dem Werthe der res certa zu prästirendes) Aftervermächtniß (s. oben Seite 460 Nummer 2) auferlegt sein, so kürzt sich dieses gravamen bis zum Belaufe der Pflichttheilsverletzung in Gemäßheit der c. 32 C. de inoff. test. von selbst.

Das dann nach Einrechnung der res certa [1]) noch am Pflichttheile etwa Fehlende haben die Unbeschränkten nach den Grundsätzen der c. 30 C. de inoff. test. aus der Erbschaft auszuzahlen, und dieß ist es, was Justinian mit den Worten: „hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleri" meint. Uebrigens bedarf es dazu nicht gerade einer besonderen

---

[1]) Die von Francke (Recht der Notherben, Seite 328) aufgeworfene Frage, ob dem neben gehörig Eingesetzten auf eine res beschränkten Pflichttheilsberechtigten auch ein Recht auf die Früchte der res certa von dem Tode des Erblassers an gebühre, beantwortet sich, nachdem wir die grundsätzliche Behandlung dieser institutio kennen, einfach nach den bereits früher (Seite 227 Note 3) angegebenen Gesichtspunkten, namentlich also auch die Frage, wieweit er sich diese Früchte in den Pflichttheil einrechnen muß.

Klage, der sog. actio suppletoria, das expleri kann, wie für jeden pflichttheilsberechtigten Erben (s. oben Seite 236 Note 14) zugleich mit der Erbtheilung in dem judicium familiae erciscundae, zu welchem ja auch der beschränkt Eingesetzte Zutritt hat (Seite 443), bewerkstelligt werden.

2) Unsrem heres ex re certa institutus steht, wie wir wissen, dem Rechtsbegriffe nach eine (detracta re geschaffene) pars hereditaria zu, welche als Universal-Fideikommiß an die neben ihm gehörig Eingesetzten fällt; wie nun ist es, wenn er von seiner pars nicht die sog. Trebellianische Quart frei hat? darf er sich dieselbe frei machen?

a) Für das Recht der Compilation muß, wenigstens solange noch ein wirklicher Restitutionsakt bezüglich dieser pars vorkam, also bis zu Justinian's c. 13 C. de her. inst., dem Beschränkten das Recht auf die sog. Trebellianische Quart unzweifelhaft zugesprochen werden. Zwar fehlt es an einem ausdrücklichen Zeugnisse[2]), allein unsre Behauptung rechfertigt sich zunächst schon selbstverständlich aus allgemeinen Gesichtspunkten; sowie von dem Rechtsverhältnisse, in welchem sich der ex re Instituirte vermöge juristischer Construktion bewegt, überhaupt ein wirklicher praktischer Gebrauch (z. B. rücksichtlich des Antheils an den actiones hereditariae vor der Restitution) gemacht wurde, so mußte diesem Eingesetzten auch die Trebellianische Quart ebenso gut zustehen, wie sie nach dem Rechte der Compilation anerkannt demjenigen Theilerben zusteht, welchem der Erblasser ausdrücklich aufgegeben hat, seinen Erbtheil zu restituiren, und sich mit bestimmten Sachen zu begnügen[3]). Außerdem aber erinnern wir uns aus dem ersten Abschnitte unsrer Abhandlung an folgendes:

---

[2]) Bezüglich der Worte: Falcidiam quoque u. s. w. in Gordian's c. 1 C. Greg. fam. erc. gilt hier dasselbe was bereits oben Seite 447 Note 3 bemerkt war.

[3]) c. 11 C. ad leg. Falc. (6. 50). s. oben Seite 378 Note 15.

ist nur ein einziger Erbe eingesetzt, aber auf eine res certa beschränkt, und es erhellt zugleich, zu wessen Dritten Gunsten diese Beschränkung stattfinden soll, so darf er sich diesem Dritten gegenüber, welchem er dann die hereditas zu restituiren hat, die Quart frei halten, wie dieß für einen einzelnen hieher gehörigen Fall durch jenes in §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und in fr. 29 D. ad Sct. Treb. enthaltene Rescript von Severus und Antoninus ausdrücklich angegeben wird (s. oben Seite 107); was dort für den heres ex re certa als Universalerben gilt, muß aber offenbar für ihn auch als Theilerben gelten, welcher seine pars zu restituiren hat. — Zweifelhafter möchte es scheinen, ob auch noch seit c. 13 C. de her. inst. rücksichtlich der doch nun gesetzlich schon von vornherein an die Unbeschränkten übertragenen pars der Beschränkte hinterher auf die Trebellianische Quart provociren darf; bedenkt man indessen, daß diese Verordnung lediglich den endlichen Effekt der Construktion des bisherigen Rechts erfrüht, nicht aber diese Construktion selbst und ihre sonstigen praktischen Consequenzen geändert hat, so muß man auch rücksichtlich der Zulässigkeit der Trebellianischen Quart das bisherige Recht ungeschmälert fortbestehen lassen. Daß sich dann auch keine Mißstände und Verwicklungen durch nachträgliches Provociren auf die Quart ergeben, wird sich sogleich unten zeigen.

Hat nun nach dem Rechte der Compilation der beschränkt Eingesetzte Anspruch auf ein freies Viertel seiner pars hereditaria, so gestaltet sich in der damaligen Zeit das Verhältniß also:

Indem er den Unbeschränkten gegenüber die Quart berechnet, muß er sich auf dem Wege der Compensation gegenseitiger Vermächtnisse den Werth der ganzen res certa aufrechnen; die Unbeschränkten nämlich, welchen das Universal-Vermächtniß der pars des Beschränkten zufällt, compensiren gegen den Quartanspruch des letzteren vorerst mit demjenigen Theile der res,

welchen sie aus dieser pars ihm jure legati zurückgeben [4]), dann aber auch mit denjenigen Theilen der res, welche sie ihm aus ihren direkten partes hereditariae entrichten [5]). Was ihm dann nach Aufrechnung der res certa noch an dem freien Viertel seiner pars fehlt, darf er sich ergänzen [6]).

Dieses Ergänzen geschieht dann ganz in der für die ähnlichen Fälle des ersten Abschnittes (Seite 111 ff.) angegebenen Weise. Nach strengem Rechte also müßte es zu einem wirklichen Abzuge der Quart kommen, wodurch dann aber das Mißliche entstände, daß der Beschränkte gar nicht legalarii loco würde: denn in dem vorjustinianischen Rechte hätte er ex Sclo Pegasiano restituirt, wäre sonach auf seine ganze pars Erbe geblieben, seit Justinian hätte er zwar ex Sclo Trebelliano restituirt, wäre aber durch den Quartabzug Erbe auf ¼ seiner pars geblieben. Die dadurch entstehenden Mißlichkeiten bezüglich der stipulationes partis et pro parte nach älterem, und wenigstens des scindere actiones nach justinianischem Rechte wären besonders fühlbar geworden seit c. 13 C. de her. inst., wonach die Restitution bereits von vornherein geschehen war. Allein in der That war nach älterem wie neuem Rechte allem dem auszuweichen, indem der Beschränkte mit Vermeidung eines eigentlichen Quartabzuges auf die in fr. 1 §. 16 D. ad Sct. Treb.

---

[4]) arg. c. 24 C. fam. erc. verb.: „hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta." Was bei dem heres ex re certa als Universalerben hinsichtlich der ganzen res certa gilt (Seite 108), gilt hier rücksichtlich des in seiner pars gelegenen Theiles der res (S. 437).

[5]) arg. c. 24 C. fam. erc. verb.: »compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit.« Liegt der Ausnahmsfall vor, daß der Beschränkte seine pars nicht an die Unbeschränkten, sondern an einen Nichterben zu restituiren hat, so tritt Compensation nur rücksichtlich des in der zu restituirenden pars liegenden Theils der res ein, nicht auch rücksichtlich der aus den partes der Unbeschränkten kommenden Theile, für diese wären vielmehr hier anwendbar die Worte der c. 24 C. cit.: „quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens."

[6]) arg. c. 24 C. verb.: »et si quid deest, in supplementum deducto.«

enthaltene sententia Juliani provociren, und sich so das Vermächtniß der res certa bis zum Belaufe der Quart ex voluntate testatoris ergänzen konnte, wonach denn seine ganze pars ex Scto Treb. restituirt war, und er im Effekte legatarii loco blieb. Für die Anwendbarkeit jener sententia Juliani sprechen nämlich hier ganz dieselben Gründe, wie die bereits in dem ersten Abschnitte (S. 113 ff.) angegebenen.

b) Wie wir nun aber für das Recht der Compilation dem Beschränkten aus denselben Gründen, wie da, wo er als einziger Erbe die hereditas an einen Nichterben zu restituiren hat, ein Recht auf ein freies Viertel seiner pars zugesprochen haben, so müssen wir ihm nunmehr seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 dieses Recht ex voluntate testatoris [7]) absprechen, und zwar dieß wieder aus eben den Gesichtspunkten, welche uns auch in jenen Fällen des ersten Abschnittes (Seite 116—120) zu derselben Behauptung bestimmt haben. — Nach neuestem Rechte also kann sich der ex re Instituirte [8]) auch neben gehörig Eingesetzten wohl noch wegen Pflichttheilsverletzung, aber nicht mehr wegen Verletzung seiner Quart beschweren.

---

[7]) Man wird keinen Widerspruch darin finden, daß der Beschränkte seit Nov. 1 cit. dem Willen des Erblassers gemäß kein Quartrecht mehr habe, während vorhin bemerkt wurde, eben der Wille des Erblassers habe ihm im Rechte der Compilation gestattet, sich die res jener sententia Juliani zufolge nöthigenfalls bis zu ¼ seiner pars zu ergänzen. Der höchste Wille des Erblassers ist: der Beschränkte soll nur die res bekommen, auch wenn er dadurch die Quart nicht frei hat; realisirbar ist dieser Wille erst seit Nov. 1 cit. auf die Annahme eines von jetzt an gestatteten Verbots des Quartabzugs; nach dem Rechte der Compilation durfte sich der Beschränkte selbst wider Willen des Erblassers die Quart frei machen, da war es denn immer dem Willen des Erblassers gemäßer, die Ergänzung der Quart nach den Gesichtspunkten der sententia Juliani herbeizuführen, als nach den Grundsätzen eines, die ganze Sachlage verändernden, wirklichen Quartabzugs.

[8]) Bezüglich des excepta certa re Instituirten gilt übrigens auch hier das oben (Seite 120) Bemerkte.

Daran reihen wir eine andere, allerdings nicht die sog. Trebellianische Quart, sondern die Falcidia in Bezug auf Singular-Vermächtnisse betreffende Frage. Gesetzt, es sind noch anderweite Legate vorhanden, welche pro rata auch auf der restituirten pars des Beschränkten lasten, und zwar dieß soweit, daß sie $^3/_4$ des Werths dieser pars übersteigen: steht hier nicht wenigstens den Unbeschränkten gegen diese Legatare die Falcidia soweit zu, als sie den Beschränkten zustehen würde, wenn er seine pars nicht zu restituiren hätte? Diese Frage bejahen wir aus den dafür schon oben (Seite 420 Note 5) angeführten Gründen; im Genaueren aber ist hier Voraussetzung und Wirkung dieses Quartabzugs anzugeben. Da das Recht auf die Quart der restituirten pars den gehörig Eingesetzten als Fideikommissaren nur ex persona heredis ex re certa instituti zusteht, so können sie dieselbe lediglich jenen anderweiten Legaten abziehen, nicht auch der res certa, soweit dieselbe auf der restituirten pars lastet, es greift m. a. W. die Falcidia nur dann Platz, wenn jene anderweiten Legate schon für sich allein mehr als $^3/_4$ dieser pars beschweren. Eben weil die gehörig Eingesetzten die res certa, soweit dieselbe aus der restituirten pars zu prästiren ist, in ihrem eignen Interesse nicht kürzen dürfen, wird ferner erfordert, daß zugleich die res certa weniger als $^1/_4$ dieser Portion belastet; denn belastet sie gerade $^1/_4$, so kürzen sich zwar allerdings jene Legate ebenfalls auf $^3/_4$ der Portion, allein dieß im Interesse der Prästation der res certa, und belastet sie mehr als $^1/_4$, dann kürzt einerseits sie selbst sich auf $^1/_4$ im Interesse jener Legate, andrerseits kürzen sich jene Legate auf $^3/_4$ der Portion im Interesse der res certa (s. oben Seite 459 Nummer D, 1). — Daraus erhellt denn, daß die gehörig Eingesetzten durch den Quartabzug doch kein volles Viertel ihrer fideikommissarischen Portion behalten, indem von diesem Viertel immer noch die res certa, soweit sie aus dieser Portion zu leisten ist, abgeht; sie dürfen sich mithin jenen Legaten gegenüber die restituirte pars nur

soweit frei halten, als der heres ex re certa institutus, wenn er seine pars behielte, die ihm daraus zugewendete res sich bis zu ¼ des Werths dieser pars erhöhen könnte. — Gesetzt z. B. die restituirte Portion beträgt 200, und es haften darauf von der res certa 40, von andren Legaten 160; hier zahlen die gehörig Eingesetzten die 40 voll aus, den 160 aber ziehen sie 10 für sich ab. Lastet dagegen auf der Portion von 200 die res certa mit 60, die anderweiten Legate mit 160, so würden die 60 auf 50, die 160 auf 150 gekürzt, und die gehörig Eingesetzten behielten von dem Werthe ihrer fideikommissarischen Portion überhaupt nichts für sich übrig.

3) Sollte endlich bei testamentarischer Beerbung eines Ascendenten durch seine Descendenten einer der letzteren unbeschränkt eingesetzt und collationspflichtig sein, so participirt an dem conferendum auch der daneben ex re certa instituirte Descendent, d. h. soferne er nach den sonstigen Voraussetzungen in concreto als collationsberechtigt erscheint, schließt ihn der bloße Umstand, daß er auf eine res certa beschränkt und im Effekte nur legatarii loco ist, keineswegs von den Vortheilen der Collation aus; dieß aus den bereits früher (Seite 461 Nummer E) ausgeführten Gründen; was dort seine Collationspflicht rechtfertigte, spricht hier in gleicher Art für ein Collationsrecht. Auch der Theilungsmaaßstab ist hier ganz der oben angegebene.

Hiermit schließen wir die Erörterungen über die Einzelngestaltung der neben gehörigen Einsetzungen angeordneten institutio ex re certa. Sie haben gezeigt, daß sich die von uns aufgestellte grundsätzliche Behandlung dieses Rechtsverhältnisses als eine auch im Detail allerwärts harmonisch durchführbare erprobt.

§. 26.

Rückblick auf den ersten Abschnitt. Ueberſichtliche Rekapitulation der Reſultate. Stellung der institutio ex re certa in dem Syſteme des Römiſchen Erbrechts.

Die Darſtellung der Art und Weiſe, wie das Römiſche Recht die institutiones ex re certa in den Teſtamenten der pagani, alſo nach jus commune, geſtaltet, erſcheint nunmehr als beendigt. Ueberblicken wir das Ganze, ſo ergeben ſich folgende Schlußbetrachtungen.

I. Soſehr dieſe Einſetzungen gegen die juriſtiſche Bedeutung der heredis institutio verſtoßen, geſchieht ihre Aufrechterhaltung doch unter allſeitiger Wahrung der Principien des Römiſchen Erbrechts; selbſt von c. 13 C. de her. inst. dürfen wir dieß ſagen, denn Juſtinian erfrüht hier nur einen an ſich völlig normal conſtruirten Effekt. Eben ſo ſteht die Behandlung der einzelnen Fälle dieſer Anordnungen unter einander in genauem Zuſammenhange, überall wird — aber freilich in ganz anderer Art, als Donellus [1]) will — die Conſtruktion von einem und demſelben Geſichtspunkte beherrſcht, Verſchiedenheiten entſtehen eben nur darum, weil die Fälle verſchieden ſind, welche aus dem gemeinſamen Geſichtspunkte ihre Geſtaltung zu empfangen haben. — Eine kurzgefaßte Rekapitulation der von uns gewonnenen grundſätzlichen Reſultate ſoll die Wahrheit dieſer

---

[1]) S. oben S. 319 ff.

Bemerkungen zu einer nochmaligen, übersichtlichen Anschauung bringen.

Die römische Auffassung gibt dem heres eine noch über das Vermögen hinausragende Bedeutung, darin bestehend, daß er das Andenken des Verstorbenen mit den durch Sitte und Religion geheiligten Beziehungen trägt; um dieser Bedeutung willen war der Begriff des heres bei den Römern etwas besonders Hochgestelltes und allgemein Gekanntes (Seite 28—33). Seine vornehmste weltliche und materielle Seite freilich ist die Beziehung zu dem Vermögen, und vorzugsweise in dieser Rücksicht hat das Recht mit der Beerbung zu thun [2]). Das Vermögen anlangend, succedirt nun der heres dem Rechte nach weder in die einzelnen res hereditariae, noch in deren Aggregat, sondern in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen; erst hierdurch vermittelt gehen auch die (eben durch Annahme der Fortdauer dieser Persönlichkeit conservirten) bona defuncti auf ihn über. Die vornehmlich rechtliche Bedeutung des heres geht sonach dahin: er ist der vermögensrechtliche Repräsentant des Verstorbenen, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers bildet den juristischen Gegenstand der Beerbung überhaupt, wie der Erbeseinsetzung insbesondere.

Gerade darum aber, weil die römische Anschauung dem heres eine noch über dem Vermögen erhabene Bedeutung beilegt, konnte es leicht vorkommen, daß rechtsunkundige Testatoren, indem sie vorzugsweise diese Bedeutung kannten und im Auge hatten, bei Ernennung eines heres einen Verstoß gegen die juristische Bestimmung desselben hinsichtlich der an ihn gemachten Vermögenszuwendungen begingen; und so kam es denn namentlich vor, daß Testatoren, den juristischen Gegenstand der Beerbung verkennend, den Erben statt auf das jus, direkt auf

---

[2]) s. oben §. 1 und 2.

bestimmte Vermögensobjekte instituirten, m. a. W. eine heredis institutio ex re certa vornahmen. Dem Rechte nach, das nun urtheilen wird, hat sich der Erblasser hier, wie bei sonstigen vitiosen Einsetzungen, strenge genommen überhaupt keinen gültigen heres ernannt, und sicherlich blieb die institutio ex re certa, als sie allmählich zum Vorscheine kam, anfangs als eine ungültige Verfügung ganz und gar unbeachtet. Bald aber wurde sie aufrecht erhalten.

1) Einen heres hatte der Testator unzweifelhaft gemeint, dieserhalb und um der dem Römischen Leben eigenthümlichen, hochgestellten Bedeutung des heres willen mußte die Verfügung vor allem anderen als wirkliche Erbeseinsetzung aufrecht erhalten werden[3]). Gesetzt, es wäre construirbar, dem ex re Instituirten die res, und nur die res zuzuwenden, ohne ihn dabei als Erben anzuerkennen, man hätte es nicht gethan, es wäre der voluntas, sowie der ganzen römischen Anschauungsweise entgegen gewesen, mit bloß materiellem Vortheile da abzufinden, wo zugleich hohe Ehre gemeint war.

Sobald man aber einmal darüber einig war, daß der ex re Instituirte als Erbe anerkannt werden solle, verstand es sich in der That von selbst, wie er als Erbe aufrecht zu erhalten sei; als Erben auf die res certa durfte man ihn nirgends und in keinem Falle anerkennen, es mußte der juristischen Bedeutung des heres als eines successor in universum jus defuncti Raum gegeben, folglich der hiermit unverträgliche Zusatz der rei mentio (was auch nunmehr aus der von dem Testator gewollten Beschränkung auf die res werde) als der Einsetzung nicht beigefügt angesehen werden[4]), wie denn in derselben Weise auch andere, der Bestimmung des Erben widersprechende

---

[3]) s. oben S. 33 ff. 130. 344 ff.
[4]) s. oben S. 35 ff. 130. 253 ff.

Zusätze (z. B. die vitia temporis) der Einsetzung detrahirt wurden.

Diese Aufrechterhaltung der Erbeseinsetzung detracta rei mentione geschah durch Juristenrecht, mindestens schon zur Zeit des Aquilius Gallus[5]), und zwar gleichmäßig für alle drei, von uns in verschiedene Abschnitte getrennte Fälle der institutio ex re certa, mochte der einzige Erbe, oder mochten sämmtliche Miterben, oder einer, oder einige derselben auf res certae instituirt sein; mochte ferner in allen diesen Fällen die Einsetzung direkt auf eine res certa, oder excepta certa re geschehen sein.

Gerufen erscheint nunmehr der ex re Instituirte, falls er der einzige Erbe ist, als heres ex asse auf das Ganze, falls er Miterben hat, auf eine pars hereditaria, und zwar (soferne nicht die rei mentio nach der Absicht des Erblassers als demonstratio certae partis hereditariae in Betracht kommt) als coheres sine parte scriptus.

2) Nun wäre, wenn man auf möglichst vollständige Verwirklichung der voluntas testatoris sieht, das Ideal der Aufrechterhaltung dieser Erbeseinsetzungen allerdings in Erstrebung des Resultats zu setzen: der heres ex re certa institutus sei Erbe, bekomme aber nur die res certa, d. h. obwohl er nicht Erbe auf die res sein kann, werde er auf dieselbe doch wenigstens in dem endlichen Effekte des Bekommens beschränkt. Allein dieses letztere, die Realisirung auch der Beschränkung auf die res certa, war

a) zu der Zeit, in welcher man sich für Aufrechterhaltung der Erbenqualität unseres Instituirten entschied, in der That juristisch unausführbar. Abgesehen nämlich davon, daß keineswegs immer erhellt, mit Rücksicht auf wen der Testator den Eingesetzten auf die res certa beschränkt wissen will — was dann für alle Zeit

[5]) Seite 41. 59. 140. 384.

natürliches Hinderniß an Realisirung der Beschränkung bleiben muß, — ist es nach den Principien des römischen Erbrechts ein durchgehender Grundsatz, daß der Wille des Erblassers, es solle Jemand (Erbe oder Nichterbe) aus der Erbschaft oder aus Erbschaftsmitteln ein bestimmtes Vermögensobjekt erhalten, sich immer nur auf dem Wege der Vermächtnißtheorie realisiren läßt; diese war aber damals noch so starr, daß man ein Vermächtniß nur da annehmen konnte, wo der Erblasser selbst, in formell gültiger Weise, ein solches (anfangs Legat, später auch Fideikommiß) angeordnet hatte [6]). So lange dieß der Fall war, blieb bei unseren Einsetzungen die rei mentio für das Bekommen wie für das Gerufensein detrahirt, der einzige Eingesetzte bekam und behielt das Ganze, der ex re certa instituirte Miterbe erhielt in dem judicium fam. erc. die ihm detracta re geschaffene pars hereditaria wirklich verwerthet [7]). — Darin eben zeigte sich, wie untergeordnet die Rücksicht auf die rei mentio erachtet wurde im Vergleiche zu der von dem Testator gewollten heredis institutio.

b) Im späteren Rechte erhielt aber die Vermächtnißtheorie überhaupt eine weichere, für Realisirung gar mancher letzten Willensmeinung günstigere Gestaltung. Auf der Basis der erstarkten Fideikommißtheorie kam der ganz allgemeine Satz auf: die von dem Erblasser einer Zuwendung ohne ausdrückliche Vermächtnißworte beigefügte Beschränkung in Zeit oder Objekt wird, soferne nur erhellt, zu wessen Gunsten sie beabsichtigt ist, und sie nicht sonstwie den Bestimmungen des jus publicum widerstreitet, aufrecht erhalten durch Annahme eines, nöthigenfalls sogar mehrerer von dem Erblasser zur Realisirung des von ihm gewollten Effektes stillschweigends angeordneter Fideikommisse [8]). Dieser

---

[6]) Seite 63 ff.

[7]) Seite 63 ff. 155. 384.

[8]) Seite 96 ff. 371.

Satz wurde durch das Juristenrecht der klassischen Zeit auch auf die institutiones ex re certa angewendet, um dieselben im Interesse der voluntas testatoris jenem Ideale ihrer rechtlichen Behandlung näher zu führen. Wenn und soweit also ersichtlich ist, mit Rücksicht auf wen der Testator den ex re Instituirten auf die res beschränken will, bleibt seitdem die rei mentio für das Bekommen beachtet, neben der detracta re aufrechterhaltenen Erbenqualität wird auf dem Wege stillschweigender Fideikommisse auch die Beschränkung auf die res certa, bald in mehr, bald in minder vollständiger Weise, realisirt. Hierfür kommt es aber wesentlich auf die verschiedenen Fälle der institutio ex re certa an.

Ist der einzige Erbe ex re instituirt, so läßt sich aus dieser Verfügung an sich noch nicht ersehen, zu wessen Gunsten seine Beschränkung gelten soll, er bekommt und behält mithin hier immer noch das ganze Vermögen[9]). Erhellt dagegen aus einer besondern Willenserklärung des Erblassers, zu wessen Dritten Gunsten der Eingesetzte beschränkt sein soll, dann realisirt sich die Beschränkung, und zwar in vollständiger Weise: ist der Erbe direkt auf eine res certa instituirt, dann gestaltet sich das Verhältniß so, als habe ihn der Testator gehörig eingesetzt, der Einsetzung aber die doppelten verba fideicommissaria inserirt: restituas hereditatem contentus certa re, der Instituirte hat also die ihm detracta re geschaffene hereditas als stillschweigendes Universal-Fideikommiß an jenen Dritten zu restituiren, während er die res certa als stillschweigendes Singular-Fideikommiß aus der restituirten Erbschaft zurückerhält, und dadurch, obwohl Erbe bleibend, rücksichtlich der Vermögensbeziehungen wie ein bloßer Vermächtnißnehmer (legatarii loco) aus dem ganzen Verhältnisse hervortritt; ist er excepta certa re in-

---

[9]) Seite 73.

stituirt, so behält er die hereditas, und gibt nur die res excepta als stillschweigendes Singular-Fideikommiß an jenen Dritten heraus [10]).

Hat der Testator mehrere Erben instituirt, dann bietet schon die Mehrheit dieser Einsetzungen an sich einen Anhaltspunkt dar, um auch das Bekommen im Sinne des Erblassers zu regeln, weil hier die Erben gegenseitig an einander herausgeben können. Ob sich aber dabei die Beschränkung auf die res in wirklich vollständiger Weise realisiren läßt, dieß hängt von der Verschiedenheit der nun weiter möglichen Fälle ab.

Sind sämmtliche Erben ex re certa instituirt, dann erhält ein Jeder die ihm zugewendete res als stillschweigendes Präfideikommiß [11]), daneben aber bleiben sie, bei der gleichen Lage Aller, fortwährend auch praktisch Erben auf die ihnen detracta re geschaffenen partes hereditariae, nach diesen Raten haben sie Antheil namentlich an den Erbschaftsschulden und an dem durch Vertheilung der res certae etwa nicht erschöpften Aktiv-Nachlasse [12]); es tritt ein ähnliches Verhältniß ein, wie wenn der Testator mit gehöriger Einsetzung sämmtlicher Erben eine divisio bonorum unter denselben verbunden hätte [13]). — Durch die Mehrheit dieser Einsetzungen an sich wird demnach eine vollständige Beschränkung auf die res certae nur dann bewirkt, wenn letztere zufällig zugleich den gesammten Nachlaß erschöpfen; andernfalls würde zur juristischen Möglichkeit totaler Beschränkung erforderlich sein, daß aus einer noch anderen Willensmeinung des Erblassers ein Dritter erhellt, an welchen das Unvertheilte fallen soll, wo dann [14]) dieselben Grundsätze zur

---

[10]) Seite 93 ff.

[11]) Seite 143, Nummer I.

[12]) Seite 156, Nummer II.

[13]) §. 11, insbesondere Seite 193 ff.

[14]) Seite 165. 166.

Anwendung kämen, wie da, wo der einzige Eingesetzte zu Gunsten eines Dritten auf die res certa beschränkt ist.

Wenn dagegen der Testator nur einen oder den andern Erben auf eine res certa, die Uebrigen aber gehörig instituirt hat, so läßt die Mehrheit dieser Einsetzungen schon an sich eine vollständige Beschränkung des ersteren zu, und zwar dieß wiederum nach denjenigen Gesichtspunkten, durch welche sich die Beschränkung des ex re Instituirten als einzigen Erben zu Gunsten eines Nichterben realisirt. Ist also ein Miterbe direkt auf eine res certa instituirt, so gestaltet sich das Verhältniß in der Weise, als sei er gehörig, aber unter der fideikommissarischen Auflage eingesetzt: restituas portionem hereditariam coheredibus contentus certa re, er restituirt demnach die ihm detracta re geschaffene pars hereditaria als stillschweigendes Universal-Fideikommiß an die gehörig Eingesetzten, und erhält die res certa als stillschweigendes Singular-Vermächtniß, wird daher im Effekte des Bekommens legatarii loco[15]), während er, wenn er excepta certa re instituirt sein sollte, seine pars behält, und nur den darin enthaltenen Theil der res excepta als stillschweigendes Singular-Fideikommiß an die gehörig Eingesetzten restituirt[16]). Indessen kann aus einer noch besonders vorliegenden Willenserklärung erhellen, daß er zu Gunsten eines Nichterben beschränkt sein solle, wo dann rücksichtlich seiner pars zwischen ihm und dem Nichterben ganz dasselbe Verhältniß, wie sonst zwischen ihm und den gehörig Eingesetzten eintritt[17]). — Für den gewöhnlichen Fall, daß ein Miterbe direkt auf eine res instituirt ist, und das übrige Vermögen an die neben ihm gehörig Eingesetzten fallen soll, hat nun Justinian in c. 13 C. de her. inst. den endlichen Effekt jener Gestaltung dahin erfrüht, daß die pars

---

[15]) Seite 367 ff.
[16]) Seite 382, Nummer 2.
[17]) Seite 382, Nummer 1.

des Beschränkten als schon von vornherein kraft Gesetzes auf die partes der Unbeschränkten fideikommissarisch übertragen gilt [18]).

Endlich aber durften wir für alle Fälle, in welchen nach dem Bisherigen die Beschränkung auf die res certa mehr oder weniger aufrecht erhalten wird, zu ihrer noch genaueren Realisirung im Interesse der voluntas testatoris die Behauptung aufstellen, daß der ex re Instituirte (wenigstens soferne er nicht excepta re eingesetzt ist), sich seit Nov. 1, cap. 2, §. 2 die Quart der ihm detracta re geschaffenen hereditas oder pars hereditaria vorkommenden Falls nicht mehr abziehen darf [19]).

II. Auch die Stellung der institutio ex re certa in dem Systeme des römischen Erbrechts ergibt sich nunmehr einfach.

Als eine ungehörige Verfügung kann sie sich keine selbstständige Stelle in dem Systeme vindiciren, sie muß in die rechte Beziehung zu dem durch sie verletzten Gehörigen gebracht werden; ungehörig erscheint sie aber dem Gegenstande nach, sie ist daher bei dem Gegenstande der Erbeseinsetzung abzuhandeln. — Die Erfordernisse zur gültigen Errichtung eines Testaments sind bekanntlich drei: Fähigkeit des Testators, gehörige Form, gehöriger Inhalt; den wesentlichen Inhalt des Testaments bildet die Erbeseinsetzung. Gleich an die Spitze der Grundsätze über Erbeseinsetzung gehört der Gegenstand derselben, denn aus ihm, in welchem sich testamentarisch der Gegenstand der Beerbung überhaupt, und somit das ganze Wesen des Römischen Erbrechts spiegelt, erklärt sich eine Reihe weiterer, die Einsetzung betreffender Sätze. Nachdem man den Gegenstand der Erbeseinsetzung zunächst seiner wahren Bedeutung nach, als Berufung zur Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers, bezeichnet und erläutert hat, wäre hervorzuheben, wie

---

[18]) §. 21, insbesondere Seite 404 ff.

[19]) Seite 119. 241 ff. 470 ff.

derselbe, als publici juris, von dem Testator nicht geändert werden kann, nicht quantitativ durch Testiren bloß pro parte, nicht qualitativ durch Einsetzung direkt auf bona, und hier wäre dann die institutio ex re certa zu besprechen.

Betrachten wir dagegen die Darstellungen des Römischen Erbrechts, so zeigt sich bei Erörterung der Lehre von der Erbeseinsetzung dem Gegenstande derselben überhaupt nicht diejenige Aufmerksamkeit zugewendet, welche diesem schon an sich hochwichtigen Punkte um so mehr gebührt, als derselbe unsrer heutigen, unwillkürlich mehr das Materielle des Beerbens vor Augen habenden, Anschauung gegenüber gerade recht bemerklich gemacht werden muß, um nicht übersehen, oder nachlässig, ohne Erkenntniß seiner folgenreichen Tragweite, hingenommen zu werden. So finden wir denn auch die institutio ex re certa häufig nur gelegentlich mitten unter allgemeine Bemerkungen über Erbeseinsetzung gestellt.

Insbesondere aber ist es gebräuchlich geworden, die institutio ex re certa da mit zu erwähnen, wo erörtert wird, was die Testamentserben erhalten werden („von Erbtheilen", „von Einsetzung eines oder mehrerer Erben", „von Vertheilung der Erbschaft unter die Erben" u. s. w.), wobei dann die auf partes und die auf res certae Instituirten durch- und nebeneinander vorkommen. Ein solches Verfahren erscheint ganz besonders geeignet, die richtige Anschauung zu trüben, indem dabei das Wort „Erbschaft" in so vager Bedeutung gebraucht wird, daß man genöthigt ist, sich darunter bald (bei gehörig Eingesetzten) den Rechtsbegriff der hereditas, bald (bei ex re certa Instituirten) das Aggregat der bona defuncti zu denken, was dann namentlich bei Ueberschwerung der Erbschaft durch partes oder durch res eine störende Mischung hervorbringt; wie verschieden an Farbe und Bedeutung Unzien-Ueberschwerung der hereditas von Ueberschwerung der bona defuncti durch res certae

ist, haben wir bereits früher[20]) am geeigneten Orte auseinandergesetzt.

Will man einmal gerade bei der testamentarischen Erbfolge die Vertheilung der Erbschaft unter mehrere Erben darstellen, so sollte man billig vor Allem das Gerufensein von dem Bekommen scheiden. Besser thut man indessen unserer Ansicht nach, jene Vertheilung erst bei dem Erwerbe der Erbschaft genauer zu erörtern, und zwar bei den rechtlichen Verhältnissen der Miterben, mögen diese dann testamentarische oder gesetzliche Erben sein; etwa nach folgender Skizze.

Gerufen sind die Miterben zunächst auf partes hereditariae (deren Größe und Verhältniß sich aus der Lehre von der gesetzlichen und, dieß namentlich auch für die ex re certa Instituirten, testamentarischen Delation ergibt); nach diesen Raten erwerben sie vorerst an jeder einzelnen res hereditaria die entsprechenden reellen, beziehungsweise intellektuellen Theile. Den Effekt des Bekommens anlangend, erhalten sie, soferne keine weitere deßfallsige Bestimmung des Erblassers vorliegt, durch nunmehr folgende gerichtliche oder außergerichtliche Erbtheilung die Größe ihrer partes reell verwerthet. Allein der Erblasser selbst kann (für Testamentserben im Testamente oder testamentarischen Codicille, für Intestaterben in einem Intestat-Codicille) bestimmen, was einer, mehrere, oder alle Erben bekommen sollen, ganz unabhängig von dem Werthe ihrer partes. Ueberall hierbei bewegt sich der Erblasser, bewußt oder unbewußt, auf dem Boden der Vermächtnißtheorie, indem seine Anordnungen, wenn sie nicht schon in ausdrückliche Vermächtnißform gekleidet sind, nach Gültigkeit und Realisirung aus dem Gesichtspunkte stillschweigender Fideikommisse beurtheilt werden. In dem einen wie in dem andern Falle sind es bald Universal-, bald Singular-

---

[20]) Seite 282.

Vermächtnisse (letztere wieder entweder simple Vermächtnisse oder Vorvermächtnisse), bald Verbindung eines Universalvermächtnisses mit einem Singular-Vermächtnisse. Nach den Grundsätzen über stillschweigende Fideikommisse der einen oder andern Art beurtheilt es sich denn namentlich, wenn der Erblasser mit simplen Theilungsworten eine divisio bonorum angeordnet, oder einem, mehreren, oder allen Erben aufgegeben hat, contentus certa re zu sein, oder endlich, wenn res certae geradezu der Einsetzung selbst inserirt sind.

Zweites Kapitel.

Die institutio ex re certa in dem Testamente eines miles.

§. 27.

Einleitung. Der allgemeine Gesichtspunkt.

Zum großen Theile ganz anders als in den Testamenten der pagani gestalten sich die von einem miles angeordneten institutiones ex re certa, indem dessen letztwillige Verfügungen überhaupt in sehr ausgedehnter Weise von den Grundsätzen des jus commune abweichen dürfen.

Bekanntlich ist es seit Trajan Regel geworden, daß die Kaiser ihre Mandate an die Statthalter mit einem besonderen caput versahen, worin den Soldaten verstattet wurde, zu testiren wie sie wollen und können [1]; sie sind nicht an die observantia legum gebunden, ihre sola voluntas entscheidet, soferne nur gewiß und erweislich ist, daß sie durch ihre Erklärung wirklich testiren wollten [2]. „Faciant igitur" heißt es in dem von Ulpian in fr. 1 pr. D. de test. mil. mitgetheilten caput jener Mandate, „testamenta, quo modo velint, faciant, quo modo

[1]) Ulp. Fragm. XXIII, 10. fr. 1 pr. fr. 24 D. de test. mil. (29. 1). s. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XLII, S. 26 ff.

[2]) §. 1 J. de milit. test. (2. 11). fr. 24 D. de test. mil. (29. 1). s. über diese Stellen Mühlenbruch a. a. O. S. 27 ff.

poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem nuda voluntas“ [3]).

Die Folgen dieser außerordentlichen Concession zeigen sich in Form und in Inhalt der Soldatentestamente. Uns interessirt hier lediglich der privilegirte Testamentsinhalt, insbesondere die Art und Weise, wie der Soldat bei Vornahme von Erbeseinsetzungen seinen Nachlaß behandeln darf [4]). In dieser Beziehung besteht nun die oben (§. 1. 2) ihrem Gehalte nach näher erörterte civilistische Auffassung desselben als eines einzigen, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers darstellenden Begriffsganzen für den Soldaten überhaupt nicht mit Rechtsnothwendigkeit, er darf seinen Nachlaß eben auffassen, wie er will.

Demgemäß braucht er vorerst die hereditas nicht als eine von der Zeit unabhängige vermögensrechtliche Unsterblichkeit [5]) zu beachten, er darf seine demnächstige Repräsentation in Zeitabschnitte zerstückeln, durch Erbeseinsetzung ex die, ad diem, oder in conditionem [6]). Bei Einsetzung ex die beerben ihn dann zunächst seine Intestaterben als solche [7]), hören aber mit Eintritt des dies wieder auf, Erben zu sein, indem jetzt der Eingesetzte, sie ablösend, als weiterer direkter Erbe eintritt. Umgekehrt tritt bei Einsetzung ad diem oder in conditionem zunächst der Instituirte ein, verliert aber mit Eintritt des dies oder der conditio seine Erbeneigenschaft, es wird nunmehr Intestat-Erbfolge

---

[3]) s. z. B. auch fr. 34 fin. D. de test. mil., c. 1 fin. C. cod. (6. 21.)

[4]) Im Uebrigen vergl. bes. Mühlenbruch a. a. O. S. 59 ff. — Wer rechtlich als Soldat zu betrachten ist, und unter welchen Umständen auch ein Nichtsoldat jure militari testiren darf, wird als bekannt vorausgesetzt, s. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 32—58.

[5]) s. oben Seite 4 Note 8, Seite 11 Note 5.

[6]) fr. 15 §. 4, fr. 41 pr. D. de test. mil. (29. 1) c. 8 C. eod. (6. 21).

[7]) fr. 41 pr. D. de test. mil. (29. 1) verb.: „et quia diximus“.

eröffnet[8]), soferne nicht etwa ein Substitut vorhanden ist, denn der Soldat kann, eben weil er nach dem Gesagten auch an die Regel „non potest effici, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse“[9]) nicht gebunden ist, dem von ihm ernannten heres primi gradus selbst für den Fall, daß dieser wirklich Erbe wird, von beliebiger Zeit an einen heres secundi (diesem einen heres tertii u. s. w.) gradus substituiren[10]), welcher dann ebenfalls wahrer Erbe wird[11]).

Ferner ist es dem Soldaten gestattet, den Gegenstand der Beerbung anders, als es das jus commune will, aufzufassen, er darf denselben quantitativ wie qualitativ verrücken.

Quantitativ, indem er selbst dann, wenn er über das juris nomen der hereditas verfügt, den Testirakt doch nicht als Verfügung über das Ganze anzusehen braucht, er darf rechtsbeständig über Theile des jus testiren, wonach denn bei seiner Beerbung eine Conkurrenz mehrerer Erben auch in der Art statthaft erscheint, daß dieselbe aus verschiedenen Berufungsgründen

---

[8]) fr. 41 pr. D. cit. verb.: „sed si ita scripserit“.

[9]) fr. 88 fin. D. de her. inst. (28. 5).

[10]) fr. 41 pr. D. de test. mil. (29. 1) verb.: „miles ita heredem“. c. 6 C. eod. (6. 21.)

[11]) Nach dem Vorgange von Dernburg (Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente S. 307—311) nimmt Mühlenbruch (a. a. O. S. 103 ff.) zur Vermeidung sonst eintretender Inconvenienzen (z. B. wegen Erbschaftsschulden, Disposition des Vorerben über den Nachlaß u. s. w.) an, daß der ex die von dem Soldaten ernannte Erbe, und bei Einsetzung ad diem oder in conditionem der Intestaterbe, wie auch der etwaige Substitut als bloßer fideikommissarischer Erbe gelte. Allein abgesehen davon, daß die Quellen dieß nirgends auch nur andeuten, vielmehr diese Nacherben immer als wahre direkte Erben voraussetzen, entbehrt diese Auffassung der eigentlich römischen Anschauung: heredes müssen auch diese Nacherben werden, sonst würde dem Soldaten gerade das Werthvollste seiner Succession entzogen. Dieß ist die entscheidende römische Antwort auf Mühlenbruch's Frage: „und warum will man denn nicht lieber geradezu den eintretenden Erben als Fideikommiß-Erben gelten lassen?“

hervorgeht, und daher einerseits „miles pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ [12]), andrerseits „militi licet, plura testamenta facere“ [13]). Hat also der Soldat nur über einen Theil der hereditas testirt, und es erhellt nicht aus besondern Umständen, daß er damit doch über das Ganze verfügen wollte [14]), so wird er von dem Eingesetzten in der That nur zu dem angegebenen Theile beerbt, während zu den übrigen Theilen das Gesetz seine Intestaterben als solche ruft, und hat er mehrmals testirt, so wird das frühere Testament durch das spätere nur dann aufgehoben, wenn dieß des Soldaten Wille ist [15]), indem andernfalls beide Testamente als wahre Testamente [16]) neben einander bestehen.

---

[12]) §. 5 J. de her. inst. (2. 14). fr. 6, fr. 19 pr. fr. 37 D. de test. mil. (29. 1). fr. 19 §. 2 D. de pec. castr. (49. 17). S. auch schon die Fassung der Regel des jus commune in fr. 7 D. de reg. jur. (50. 17): jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse.

[13]) fr. 19 pr. D. de test. mil. (29. 1).

[14]) So in dem Falle der c. 3 C. de test. mil. (6. 21); hier hatte der Soldat seine nächsten Angehörigen eingesetzt, seine Tochter ex duabus unciis, seine Frau ex uncia; es war indessen anzunehmen, daß er diesen seinen nächsten Angehörigen den ganzen Nachlaß habe zuwenden, und durch die Benennung der Unzien nur die Verhältnißzahl habe ausdrücken wollen, daher denn die Tochter als auf $^2/_3$, die Frau als auf $^1/_3$ eingesetzt galt.

[15]) Ausdrücklich anzugeben braucht der Soldat diesen seinen Willen sicherlich nur dann, wenn er in dem früheren wie in dem späteren Testamente schlechthin über das Ganze verfügt hat, offenbar einen solchen Fall setzt Ulpian voraus, wenn er in fr. 19 pr. D. de test. mil. das frühere Testament nur dann fortbestehen läßt, si hoc specialiter (miles) expresserit; dagegen bedarf es keiner ausdrücklichen Erklärung, wenn entweder in beiden Testamenten oder in einem derselben nur über besondere Quoten oder Sachen verfügt ist, s. auch fr. 36 §. 1 D. de test. mil. und Mühlenbruch a. a. O. S. 95.

[16]) Will der Soldat das frühere Testament nur fideikommissarisch aufrechterhalten wissen, dann besteht es jure communi als bloßes Codicill fort, so in dem Falle des fr. 19 pr. D. de test. mil.

Qualitativ endlich darf der Soldat den Gegenstand seiner Beerbung insofern verrücken, als er überhaupt nicht gebunden ist, denselben nach jus commune als das von den res hereditariae verschiedene juris nomen der hereditas aufzufassen, er darf ihn geradezu als Aggregat der res hereditariae betrachten, auch dieses wiederum beliebig theilen, und demgemäß direkt auf res certae instituiren. „Concessum est militibus", sagt Ulpian in dem unten näher zu erörternden fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb., „circa institutionem separare species bonorum". In dem Soldatentestamente ist eine institutio ex re certa schon an sich nichts Ungehöriges, sie braucht nicht erst purificirt zu werden durch Detrahiren der rei mentio, ja ein solches Detrahiren darf nicht geschehen, es wäre dem Willen des Soldaten entgegen. Der heres ex re certa wird hier auch dem Rechte nach als wahrer Erbe auf die res certa beschränkt, der übrige Nachlaß, über welchen nicht testirt ist, fällt, wie sich zeigen wird, jure heredis an die Intestaterben, eben weil der Soldat auch pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

Bevor wir näher den Gesichtspunkt kennen lernen, welcher für die singuläre Gestaltung dieser institutiones ex re certa maaßgebend wird, dürfen wir die sich für alles Bisherige aufdrängende Frage nicht unberührt lassen: wie ist es dem römischen Rechte möglich geworden, dem Soldaten solche Privilegien zuzugestehen? — Die Quellen motiviren die libera militum testamenti factio nur beiläufig, und zwar durch eine den milites zu Gute zu haltende nimia legum imperitia und simplicitas[17]; dabei beruhigt sich denn die ge-

---

[17]) Gaj. II, §. 109 pr. J. de mil. test. (2. 11). fr. 1 pr. D. de test. mil. (29. 1). c. 3 C. eod. (6. 21.)

meine Meinung. Allein hierdurch rechtfertigt sich wohl im Allgemeinen eine Begünstigung der Soldatentestamente, keineswegs aber ist zugleich erklärt, wie gerade solche, das römische Erbrecht auf den ersten Anblick in seinen Grundpfeilern erschütternde Privilegien gegeben werden konnten. In dieser Rücksicht deutet nun Gans[18]) auf den unerhörten Militärdespotismus, welcher überhaupt die Zustände in der Kaiserzeit charakterisirt habe; in den römischen Kaisern und der ihrer Gewaltherrschaft unentbehrlichen übermüthigen Soldateska zeige sich die absolute Gesetzlosigkeit, welche mit Hinwegsetzung über alles Feste und Heilige lediglich ihrem eigenen hohlen Willen gehorche; — ganz in diesem Sinne behandle der römische Soldat auch das Erbrecht. — Dagegen findet Huschke[19]) den tiefsten Grund jener Concession darin, daß mit Anfang der römischen Kaiserzeit das Princip der Persönlichkeit oder der Subjektivität wie in der Menschheit überhaupt, so namentlich in Rom, dem damaligen Centrum des irdischen Menschengeschlechts, zum Vorschein komme; diesem Principe sei es eigen, daß die Gesetzmäßigkeit objektiver Natur von der Unendlichkeit des subjektiven Daseins durchbrochen werde, und es trete göttlich in Christo mit seiner ecclesia militans, menschlich in dem römischen Kaiser mit seinem den Barbaren entgegengestellten miles perpetuus hervor, in jenem das Gesetz des priesterlichen Volkes in Liebe erfüllend, und damit zur freien Persönlichkeit verklärend, in diesem das Gesetz des königlichen Volkes überspringend und damit aufhebend, denn der göttliche Wille sei frei, der menschliche willkürlich.

Indessen darf man, unsrer Ansicht nach, in einfacherer Weise auf wirklich römischem Boden stehen bleiben, auch dabei den

---

[18]) Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Bd. II, S. 168 ff. S. 459 ff.

[19]) in der Abhandlung über die Rechtsregel: nemo pro parte etc. im Rhein. Mus. Bd. II, S. 331 ff.

römischen Soldaten freundlicher und anerkennender beurtheilen, als dieß Gans thut. Für Erklärung jener außerordentlichen Testamentsprivilegien kommt, wie wir glauben, allerdings die von den Quellen hervorgehobene imperitia legum, und noch mehr die Lage in Betracht, in welcher sich der Soldat bei dem Testiren in der Regel befinden wird, zugleich aber und vorzüglich muß man sich wiederum die hohe, noch über dem Vermögen erhabene Bedeutung des heres in den Augen der Römer [20]) vergegenwärtigen.

Auch der römische Soldat kennt und verehrt diese Bedeutung des heres, sie leitet ihn bei seinen Erbeseinsetzungen; allein die unjuristische Auffassung, man könne sein Vermögen nach Zeit und Objekt beliebig vertheilen, und dennoch jeder Zuwendung den Ehrenschmuck der heredis institutio verleihen, wird bei ihm noch leichter möglich, und zugleich unabwendbarer und darum verzeihlicher als bei dem paganus. Schon der Stand der Soldaten rechtfertigt eine ungewöhnliche Rechtsunkenntniß; noch mehr aber ist in Erwägung zu ziehen die Lage, in welcher er in der Regel an sein Testament denken wird; meist wird es geschehen im Felde, mitten unter den Waffen; hier kann er sich nicht, wie zu Hause vielleicht ebenso rechtsunkundige pagani, durch Zuziehung sachverständiger Rathgeber vor juristischen Fehlern bei der Testamentserrichtung bewahren, und wären auch solche Rathgeber zu finden, so ist doch selten Zeit, dieselben zu benutzen; dieß wird man würdigen, wenn man sich lebhaft in die Lage der Soldaten im Felde hineindenkt [21]). Diese Lage der Soldaten

---

[20]) s. oben Seite 28 ff. und Seite 474.

[21]) Ganz bezeichnend dafür sind, wenn wir uns hier diese Bemerkung erlauben dürfen, die Worte, womit Göthe (Campagne in Frankreich, 1792) sein Tagebuch vom 6. Oktober frühe beginnt: „Bei solchen Umgebungen darf man sich nicht einen Augenblick Ruhe, nicht das kürzeste Verharren irgend eines Zustandes erwarten". — Eben die Rücksicht auf

verdient aber bezüglich ihrer letzten Willensordnungen nicht bloß eine Nachsicht, sie verdient auch, wenn man nur zugleich bedenkt, um welcher Interessen willen sich der Soldat in dieser Lage befindet, eine positive Begünstigung. Da ist es denn für ihn, der mitten in dem Dienste für das Allgemeine noch einmal, vielleicht zum letztenmal, an das Ordnen seiner eignen Angelegenheiten denkt, wahrlich der kleinste Lohn, daß man ihm gestattet, über sein Vermögen nach Zeit und Objekt beliebig letztwillig zu verfügen; diese Concession läßt sich nicht als Gewaltstreich einer übermüthigen Soldateska betrachten, solches Urtheil muß das Ohr eines Soldaten beleidigen[22]; es ist eine Concession, welche die Humanität auch wohl andern Zeiten als den damaligen abzufordern berechtigt erscheint, welche sich daher auch über jene Zeiten hinaus erhalten hat. Allein das Römische Recht durfte nicht dabei stehen bleiben, dem Soldaten die letztwilligen Ver-

---

die Lage, in welcher der Soldat gewöhnlich testiren wird, erklärt: 1) warum nicht auch andere Rechtsunkundige, z. B. Weiber, Minderjährige, dieselben oder ähnliche Vortheile genießen, 2) warum auch Nichtsoldaten dann an der libera militum test. factio participiren, si in hostico loco deprehendantur, et illic decedant (quum eadem pericula experiantur, jura quoque eadem merito sibi vindicant). fr. 44 D. de test. mil. (29. 1). fr. un. pr. D. de bon. poss. ex test. mil. (37. 13); 3) warum Justinian in c. 17 C. de test. mil. (6. 21), s. auch pr. J. de mil. test. (2. 11), diese Privilegien auf diejenigen Soldaten beschränkt, qui in expeditionibus occupati sunt, d. h. welche sich gegenwärtig im Felde, überhaupt in wirklichem Kriegsdienste befinden (Mühlenbruch a. a. O. Seite 33 ff.); wenn diese Beschränkung vor Justinian nicht dem Rechte nach stattfand (Mühlenbruch a. a. O. Seite 37 ff.), so läßt uns dieß dennoch die Behauptung vollständig offen, daß schon damals das Privileg ein hauptsächliches Motiv in der Lage hatte, in welcher der Soldat in der Regel testiren wird.

[22]) Wir sind weit entfernt, dem Militärdespotismus der römischen Kaiserzeit das Wort zu reden, allein auf die erbrechtlichen Begünstigungen der milites hat derselbe keinen Einfluß gehabt; bei Einräumung dieser Concessionen durften die Soldaten in Wahrheit optimi fidelissimique commilitones von den Kaisern genannt werden.

fügungen über sein Vermögen zu garantiren, im Geiste römischer Anschauung mußte man mehr geben, man mußte zugleich den von dem Soldaten einer jeden seiner Vermögenszuwendungen verliehenen Ehrenschmuck der heredis institutio ratihabiren, dieser ist dem Soldaten wie jedem Römer werthvoll; der Trost muß auch dem Soldaten bleiben, daß er die vom ihm Honorirten zugleich als heredes mit den durch Sitte und Religion geheiligten Beziehungen hinterlassen wird[23]), wie sehr auch dadurch das jus commune lädirt werde. — Hatte man aber einmal diese testamentarischen Concessionen gemacht, so verstand es sich weiter von selbst, daß der Soldat, soweit er über sein Vermögen nach Zeit oder Objekt nicht testirt hat, nun von seinen Intestaterben als solchen wirklich beerbt wird, wenn auch dann wieder vitios in den Augen des jus commune, indem die vitiose testamentarische Beerbung unvermeidlich auch für die neben, vor, oder nach ihr eintretende Intestaterbfolge Irregularitäten veranlassen mußte.

Uebrigens wird sich bald zeigen, wie das Römische Recht die vitia militis in der That so fein zu behandeln weiß, daß die rechtliche Stellung solcher abnormen Erben dennoch selbst mit der vermögensrechtlichen, von dem jus commune geforderten Bedeutung des heres der Hauptsache nach in Versöhnung tritt, was dann zugleich die eigentlich juristische Rechtfertigung dafür enthalten wird, daß solche Concessionen auf römischem Rechtsboden gedeihen konnten.

Wir kehren speciell zu den institutiones ex re certa in dem Soldatentestamente zurück; zunächst um den für ihre rechtliche Gestaltung maaßgebenden Gesichtspunkt genauer festzustellen.

---

[23]) Auf diesem Gesichtspunkte beruht die oben Seite 487, Note 11 gegen Dernburg und Mühlenbruch gemachte Bemerkung.

Der dem Soldaten, wie wir gesehen haben, ganz allgemein garantirte Satz, wonach er seine bona nach Zeit wie nach Objekt beliebig trennen, und doch zugleich jede Zuweisung als heredis institutio anordnen darf, führt in seiner Anwendung auf eine institutio ex re certa consequent zu folgendem Resultate: es realisiren sich unbedingt die beiden in dieser Verfügung liegenden Willen, der heres ex re certa institutus wird heres, bekommt aber nur die res certa. Derjenige Effekt also, welchen wir bei Behandlung solcher Einsetzungen in dem Testamente der pagani nur als das Wünschenswerthe, aber keineswegs immer Erreichbare kennen gelernt haben, wird in dem Soldatentestamente für alle Fälle herbeigeführt.

Aber auf welchem juristischem Wege? Sehen wir vorerst einen Augenblick von den Quellen ab, so ließe sich denken, es genüge hierzu für gewisse Fälle in der That schon die Behandlung des jus commune, dieß nämlich überall da, wo mehrere Erben (entweder alle auf res certae, oder einige auf res, andere gehörig) eingesetzt sind, und dadurch zugleich der gesammte Nachlaß erschöpft ist; mit Vermeidung aller eigenthümlichen Behandlung könnte hier die Erbenqualität durch detractio rei, die Beschränkung auf die res certa durch Zuhülfenehmen der Vermächtnißtheorie aufrecht erhalten werden, ganz so wie wir dieß dem Grundsatze nach für die institutio ex re certa der pagani in dem zweiten und dritten Abschnitte des vorigen Kapitels kennen gelernt haben; wenn auch hierdurch, so dürfte man annehmen, der Eingesetzte die res certa selbst nur jure legati erhalte, so sei doch dieß für Befolgung der vollen voluntas des miles (wie ja auch des paganus) wenig relevant, indem jedenfalls der zweifache hauptsächliche Wille realisirt sei: Anerkennung der Erbenqualität, Beschränkung auf die res certa. Andrerseits aber ist klar, daß zur Herbeiführung dieses Resultats das jus commune dann nicht ausreicht, vielmehr eine eigenthümliche Behandlung ganz unvermeidlich wird, wenn der

Soldat einen oder mehrere Erben auf res certae eingesetzt hat, ohne dabei zugleich über sein gesammtes Vermögen zu verfügen.

Untersuchen wir jetzt an der Hand der Quellen, worin in diesen Fällen die eigenthümliche Behandlung besteht; theils schon hierbei, theils später wird sich ergeben, ob eine solche von dem Römischen Rechte auch da vorgezogen wird, wo nach dem vorhin Bemerkten die Grundsätze des jus commune genügen könnten.

1) Hat der Soldat einen Erben auf eine res certa eingesetzt, über sein sonstiges Vermögen aber nicht verfügt, so finden wir: der Instituirte wird Erbe, bekommt aber nur die ihm hinterlassene res certa, und zwar erhält er dieselbe jure heredis; das Uebrige fällt an die Intestaterben, wiederum jure heredis. — Dieß bezeugen zunächst folgende Stellen:

fr. 6 D. de test, mil. (29. 1). Ulpianus lib. V ad Sabinum: Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse; miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.

c. 2 C. de test. mil. (6. 21). Imp. Antoninus A. Septimo militi: Miles si castrensium tantummodo bonorum commilitonem suum instituit heredem, cetera bona ejus, ut intestati defuncti, mater ejus jure possidet. — PP. XI. Kal. Mart. Antonino A. IV et Balbino Cons. (213).

Indem hier neben dem testamentarisch Eingesetzten die Intestaterben kommen, geschieht dieß nicht in Befolgung eines von dem Soldaten zu Gunsten Letzterer etwa stillschweigends erklärten oder auch nur vermuthlichen Willens, sondern weil der Soldat soweit überhaupt keinen letzten Willen hinterlassen hat[24]), weil er also zum Theile testatus, zum Theile intestatus

---

[24]) S. auch oben S. 69 und Huschke im Rhein. Mus. Bd. II, Seite 327 und 330.

verstorben ist, und so versterben darf. Mithin gestaltet sich das Verhältniß weder in der Art, als seien die Intestaterben stillschweigends mitinstituirt, und succedirten neben dem ausdrücklich Eingesetzten gleichfalls als Testamentserben, noch in der Art, als seien sie stillschweigende Fideikommissare, an welche der Eingesetzte die ihm etwa detracta re geschaffene hereditas als Universal-Fideikommiß praecepta re certa zu restituiren habe. Vielmehr besteht zwischen Beiden überhaupt kein durch eine voluntas testatoris herbeigeführtes juristisches Band; das Testament ruft den Instituirten auf die res certa, das Gesetz ruft daneben die Intestaterben auf die cetera bona. Daher denn ein Jeder die ihm zugefallenen Objekte jure heredis erhält.

2) Für diejenigen Fälle, in welchen der ex re Instituirte diese res jure heredis erhält, entsteht aber die weitere, die hauptsächlich wichtige Frage: worin besteht hier der eigentliche Gegenstand der Beerbung? besteht er, so wie es scheint, wirklich in der res certa als solcher, ist also für das Soldatentestament in der That der exorbitante Satz anerkannt, daß der Eingesetzte auch der juristischen Auffassung nach kein juris successor, sondern ein wahrer heres ex re certa ist? Dieselbe Frage gilt, sofern der Soldat durch Zuweisung der res certae nicht sein gesammtes Vermögen erschöpft hat, für die zu dem Unvertheilten gerufenen Intestaterben: besteht der Gegenstand ihres gesetzlichen Erbrechts hier in dem Complexe der ceterae res als solcher, so daß auch sie als (gesetzliche) heredes ex re certa, und nicht als juris successores erscheinen?

Ueber diese wichtige Frage geben uns die Quellen

a) vorerst für den speciellen Fall, wenn der Soldat einen Erben auf das castrensische, einen andern Erben auf das nichtcastrensische Vermögen eingesetzt hat, folgende ausdrückliche Auskunft:

fr. 17 §. 1 D. de test. mil. (29. 1). Gajus lib. XV ad edictum provinciale: Julianus etiam ait, si

quis[25]) alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi. —

Jure heredis fallen hier an den Einen die bona castrensia, an den Andern die ceterae res[26]). Allein diese Vermögen werden dabei nicht wie nach jus commune in ihrer direkten Eigenschaft als sog. universitates facti, mithin als res certae, sondern als Inhalt von sog. universitates juris, von vermögensrechtlichen Persönlichkeiten des miles aufgefaßt, deren er hier also, wie wenn er eine doppelte Person wäre, zwei hinterläßt. Sonach erscheint in dem vorliegenden Falle jeder der Eingesetzten bezüglich des ihm zugewiesenen Vermögens in der That als juris successor, nicht als heres ex re certa.

Dieser Gesichtspunkt, wonach die von dem Soldaten per institutionem separirten bona castrensia und ceterae res rechtlich als quasi duorum hominum duae hereditates in Betracht kommen, findet sich denn auch im Einzelnen durchgeführt, namentlich bezüglich nachstehender Punkte:

Die Forderungen und Schulden des Soldaten sind zwischen beiden Erben nicht quantitativ, sondern qualitativ ge-

---

[25]) Zu dem Worte quis ist, wie sich von selbst versteht, und auch aus dem unten mitzutheilenden weitern Verlauf der Stelle hervorgeht, zu suppliren: miles.

[26]) Daraus erhellt, beiläufig und im Voraus gesagt, daß das römische Recht, wenigstens soferne der Soldat gerade sein castrensisches und nichtcastrensisches Vermögen besonders hervorgehoben hat (ob auch bei andern Objekten, davon später), eine eigenthümliche Behandlung der inst. ex re certa selbst da eintreten läßt, wo zur Realisirung der voluntas das jus commune ausreichen könnte; denn in dem vorliegenden Falle ließe sich, weil der Soldat Alles vertheilt hat, Erbenqualität und Beschränkung auf die res schon dadurch herbeiführen, daß die Eingesetzten detracta rerum mentione als Erben aequis ex partibus gelten, die res certae aber vice praeceptionum erhalten.

theilt, es steht nicht wie nach jus commune, welches den Gesammtnachlaß als ein einziges juris nomen ansehen müßte, an jeder einzelnen einem jeden Erben eine rata hereditaria zu, vielmehr gehen die mit Rücksicht auf das castrensische Vermögen entstandenen Forderungen und Schulden ipso jure nur den castrensischen, die mit Rücksicht auf die ceterae res begründeten nur den nichtcastrensischen Erben an. Unmittelbar nach den angezogenen Worten des fr. 17 §. 1 D. cit. heißt es nämlich weiter:

> ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut, ex quaqua causa debeatur militi, vel huic heredi, vel illi, ipso jure debeatur;

daher denn auch Demjenigen, welcher an die eine dieser quasi hereditates etwas schuldet, an die andere aber etwas zu fordern hat, nach dem Tode des Soldaten, weil nunmehr Forderung und Gegenforderung nicht mehr inter easdem personas stattfindet, kein Compensationsrecht zusteht.

> fr. 16 pr. D. de compensat. (16. 2). Papinianus lib. III Quaestionum: Quum militi castrensium bonorum alius, ceterorum alius heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus vult compensare, quod ab alio debetur, non audietur.

Ebenso sind die von dem Soldaten hinterlassenen corpora nicht wie nach jus commune unter jenen beiden Erben gemeinschaftlich, sondern qualitativ ipso jure getheilt, die castrensischen gehören lediglich dem castrensischen, die übrigen lediglich dem nichtcastrensischen Erben, weßhalb Auseinandersetzung einer Rechtsgemeinschaft, namentlich im judicium fam. erc., hier nicht vorkommt.

fr. 25 §. 1 D. fam. erc. (10. 2). PAULUS lib. XXIII ad Edictum: Si miles alium castrensium, alium ceterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae judicio; divisum est enim per Constitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum cessat familiae erciscundae judicium, quum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

Unzweifelhaft findet die Auffassung dieser Vermögen als zweier getrennter juris nomina nur dann statt, wenn des Soldaten Wille auf getrennte Zuwendung derselben gerichtet ist, mag er übrigens (wie in fr. 17 §. 1 cit. und in den übrigen soeben angeführten Stellen) über beide, oder (wie in dem Falle der c. 2 C. de test. mil., s. oben Seite 495) nur über eines derselben testirt haben, rücksichtlich des andern also intestatus verstorben sein; nicht aber gelten diese Massen auch dann als zwei selbstständige Vermögenssphären, wenn der Soldat überhaupt intestatus verstirbt, oder wenn er ohne besondere Hervorhebung wenigstens einer derselben testirt hat durch Einsetzung sine parte, ex certis partibus, oder auf andere res certae. — Dagegen fragt es sich:

b) ob eben auch anderweite Vermögensobjekte, wenn solche der Soldat per institutionem hervorgehoben hat, als Inhalt besonderer juris nomina erscheinen, oder ob diese Behandlung als eine specielle Eigenthümlichkeit des separirten castrensischen und nichtcastrensischen Vermögens angesehen werden muß? Nun erhalten zwar die bona castrensia allerdings dann eine besondere juristische Auffassung, wenn sie (als peculium castrense) einem Haussohne zustehen; für den Haussohn ist (abgesehen von dem späteren peculium quasi castrense) das castrensische Vermögen gerade die einzige Sphäre, rücksichtlich welcher er als selbstständiges Subjekt, als paterfamilias, in Betracht kommt, daher er nur über dieses testiren darf, und bei seiner testamentarischen Beerbung eben nur dieses als das juris nomen seiner

vermögensrechtlichen Persönlichkeit hinterläßt[27]). Eben so gewiß ist, daß auch bei dem miles sui juris die bona castrensia in mancher Beziehung eine bevorzugte Stellung einnehmen, namentlich insofern, als er, wegen eines ohne Bruch der sacramenti fides begangenen, delictum militare zu einer poena capitalis verurtheilt, fortwährend noch über diese bona letztwillige Verfügungen gültig trifft[28]), und die darüber bereits getroffenen erhalten bleiben[29]).

Dennoch darf uns alles dieses so wenig wie der Umstand, daß die bisher angeführten Stellen immer nur das castrensische und nichtcastrensische Vermögen im Auge haben, zu der Annahme bestimmen, es gelte eben nur für diese beiden Massen der in fr. 17 §. 1 D. cit. angegebene Gesichtspunkt. Wir müssen vielmehr behaupten: auch andere Objekte — wenigstens, vorerst gesagt, auch andere Vermögens-Complexe — kommen rechtlich als sog. universitates juris, als quasi hereditates in Betracht, sobald der Soldat dieselben per institutionem separirt hat, und

---

[27]) Darum wird das peculium castrense, soferne es als Gegenstand testamentarischer Beerbung erscheint (s. auch fr. 10 pr. D. ad Sct. Tertull. 38. 17) zu den universitates gezählt (fr. 20 §. 10 D. de hered. pet. 5. 3: non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate), es wird quasi hereditas genannt (fr. 9 D. de castr. pec. 49. 17), pro hereditate habetur (fr. 2 D. eod.); der darauf Eingesetzte hat die hereditatis petitio (fr. 34 D. de her. pet.), wobei dann, wie aus dem citirten fr. 20 §. 10 D. eod. erhellt, auch die Bestimmungen des sog. Sct. Juventianum zur Anwendung kommen; er haftet für die castrensischen Schulden nicht bloß peculio tenus, wie der pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, sondern in solidum wie ein wirklicher heres (fr. 17 pr. D. de castr. pec.), und unter mehreren auf das pec. castr. Eingesetzten findet das judicium fam. erc. statt (fr. 2 §. 2 D. fam. erc. 10. 2). — S. Muehlenbruch, observ. jur. rom. specimen 1 pag. 27—32. Hasse, im Archiv für civil. Prax. Bd. V, Seite 47 ff. Mühlenbruch, ebendaselbst, Bd. XVII, S. 341.

[28]) fr. 32 §. 8 D. de don. inter vir. (24. 1). fr. 11 pr. D. de test. mil. (29. 1). fr. 22 §. 1 D. de leg. III. c. 13 C. de test. mil. (6. 21.)

[29]) fr. 6 §. 6 D. de injusto (28. 3).

sie dann dem Eingesetzten, beziehungsweise neben diesem den Intestaterben jure heredis zufallen. Dieß geht entschieden aus folgender wichtigen Stelle hervor:

fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb. (36. 1). ULPIANUS lib. IV fideicommissorum: Sed et si miles rogaverit quem res Italicas restituere, vel res provinciales, dicendum est, suspectam dicentem cogi adire, et restituere; nam, ut eleganter Maecianus libro sexto Fideicommissorum ait, qua ratione ex certa [30]) re miles heredem instituere potest, actionesque ei dabuntur, pari ratione etiam ex Trebelliano transibunt actiones. Et quamvis placeat, quum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait. Nam sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem separare species bonorum, ita et si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, admitteretur Trebellianum Senatusconsultum.

Wenn also, sagt hier Ulpian, der Soldat seinem Erben aufgegeben hat, Vermögenscomplexe, wie res Italicae oder res provinciales, an Jemanden fideikommissarisch zu restituiren, so geschieht die Restitution nach den Grundsätzen des Sct. Trebellianum. Da nun aber gewiß und bekannt ist, daß ex Trebelliano nur da restituirt wird, wo ein Universal-Fideikommiß vorliegt, wo also das Restitutionsobjekt in einer sog.

---

[30]) Al. excepta re. Beide Lesarten geben denselben Sinn, indessen ziehen wir die Lesart ex certa re vor, theils des Zusammenhangs der Stelle wegen, theils weil eine Einsetzung excepta re den ungewöhnlichen Fall einer institutio ex re certa bildet, und kein Grund vorliegt, warum bei der Allgemeinheit des obigen Satzes die Stelle gerade einen solchen Fall hervorheben sollte.

universitas juris besteht, niemals aber da, wo eine quantitas oder res certa (wenn auch von noch so großem Umfange) herauszugeben ist[31]), so ergibt sich, daß solche Complexe hier jure militari in der That als sog. universitates juris in Betracht kommen. Und indem weiter dieses singuläre Platzgreifen des Trebellianum dadurch motivirt wird: der Soldat dürfe ja auch instituiren auf res certae, so erhellt daraus deutlich, daß solche res als Objekte militärischer direkter Erbeseinsetzung ebenfalls nicht als res certae, sondern als universitates juris aufzufassen sind; gerade weil sie Objekte einer direkten hereditas sein können, sollen sie auch als Objekte einer fideicommissaria hereditas zugelassen werden[32]).

---

[31]) Auf das von einem miles angeordnete Fideikommiß eines Vermögenscomplexes kommt Ulpian gerade bei Erörterung der Frage zu sprechen, wann ein Universal-Fideikommiß und nicht ein bloßes Singular-Fideikommiß vorhanden sei, fr. 14 §. 5—8, fr. 15, fr. 16 §. 1—5 D. ad Sct. Treb. Rücksichtlich dieser Frage antwortet er dort in fr. 16 §. 2 also: Et generaliter autem potest dici, ita demum quem non posse cogi adire, et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus; ceterum si de universitate sensisse testatorem appareat, nulla quaestio est, quin, sive suspectam dicat, cogi possit, sive sponte adiit, ex Trebelliano transeant actiones.

[32]) Eben dieser Gesichtspunkt enthält nunmehr die eigentliche Erklärung, warum Papinian in dem früher (S. 132. 133. S. 149. 150. 152, Note 11. S. 222 ff. S. 239, Note 15) erörterten fr. 78 pr. D. de her. inst. einen Nichtsoldaten als Testator unterstellt. Einer, qui non militabat, heißt es dort, instituirt einen Erben auf sein mütterliches, einen andern auf sein väterliches Vermögen; Papinian entscheidet: beide sind (detracta re) Erben zu gleichen Theilen, der arbiter fam. erc. aber weist jedem die res, worauf er instituirt ist, (als Prälegat) zu, dieß jedoch salva Falcidia, namentlich auch unter Beachtung der compensatio leg. mutuorum. Für das Testament eines Soldaten würde nun diese Entscheidung allerdings schon darum nicht ganz passen, weil hier die fraglichen Prälegate jedenfalls ohne Rücksicht auf die Falcidia zu realisiren wären; allein nicht bloß dieser Punkt in der Detailgestaltung, sondern selbst die grundsätzliche Behandlung der hier vorliegenden Anordnung müßte bei einem Soldatentestamente anders ausfallen, bei diesem nämlich wäre Jeder

c) Wir müssen aber noch weiter gehen, und ganz allgemein behaupten: nicht bloß ein Vermögenscomplex, auch eine einzelne Sache, selbst die unbedeutendste, kurz eine jede res certa stellt sich, soferne lediglich sie und zwar jure heredis dem Erben eines Soldaten zufällt, juristisch als Inhalt einer separirten quasi hereditas dar. Dieß folgt vorerst schon aus dem soeben vorgeführten fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb., denn hier wird, obwohl bezüglich der Anwendung des Sct. Trebell. nur von Vermögenscomplexen die Rede ist, ganz allgemein gesagt, der Soldat dürfe species bonorum circa institutionem separiren; ganz allgemein muß daher auch die rechtliche Auffassung dieser res, soferne sie nur wirklich jure heredis dem Erben zufällt, ein und dieselbe sein [33]). Sodann aber und vornehmlich folgt unsre Behauptung aus der juristischen Bedeutung der Beerbung; würde der Eingesetzte in die res certa als solche, mithin (wie groß sie auch sei, doch immer nur) in eine res singula succediren, so wäre er ein bloßer Singular-Successor, in direktem Widerspruche damit, daß er heres, also Universal-Successor sein soll und

---

geradezu Erbe auf das ihm per institutionem zugewendete Vermögen, beide Vermögen wären als duae quasi hereditates aufzufassen. In dem vorliegenden Falle nämlich war offenbar nicht Alles vertheilt, denn der Erblasser wird doch außer dem von Vater und Mutter Ererbten noch selbsterworbenes Vermögen gehabt haben; dieses müßte, wenn er ein miles wäre, als dritte quasi hereditas an die Intestaterben fallen. Aber selbst angenommen, daß die bona materna und paterna den Nachlaß des miles erschöpften, müßte eine vom jus commune abweichende grundsätzliche Behandlung eintreten, insoferne sich deßfallsige spätere Erörterungen (§.28) als richtig erweisen.

[33]) Daraus folgt indessen keineswegs, daß jede res certa auch da, wo ihre Restitution fideikommissarisch von dem miles aufgegeben ist, als universitas behandelt werde, und daher Singular-Vermächtnisse gar nicht vorkämen im Soldatentestamente. Wir müssen sagen: ein zu restituirender Vermögenscomplex führt jedesmal das Sct. Treb. herbei, eine einzelne Sache nur dann, wenn auch dem Fiduciar gerade nur sie jure hereditario zufällt, er also dadurch seine quasi hereditas zu restituiren hat.

wirklich ist. Dieß führt uns denn auf den eigentlich sachlichen Grund alles desjenigen, was wir bisher unter a—c kennen gelernt haben. Es läßt sich nämlich der einfachen Frage nicht ausweichen: wodurch sollten denn die separirten res certae überhaupt erhalten und vererblich werden, wenn sich nicht nach dem Tode des Soldaten eine separate Persönlichkeit über sie wölbte? Nach römischer Auffassung ist es (§. 1) nicht möglich, daß Rechtsverhältnisse den Tod ihres Subjekts überdauern und vererblich werden, ohne daß zugleich das Subjekt in seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit forterhalten gedacht wird; die res hereditariae werden per hereditatem conservirt und vererbt! Im Geiste dieser Auffassung — welche sich, als nothwendig gegründet in der römischen Ansicht über den Zusammenhang der Rechtsverhältnisse mit ihrem Subjekte, bei keiner Beerbung verläugnen durfte — mußte auch jene von den Kaisern den Soldaten gemachte Concession für den römischen Rechtsboden gedeihlich und praktikabel gemacht werden. Man mußte in folgender Weise raisonniren: Jedenfalls müssen auch die Rechtsverhältnisse des Soldaten nach seinem Tode von seiner fortdauernden Persönlichkeit getragen werden; ist ihm nun garantirt, die Einzelnheiten seiner Rechtsverhältnisse, per institutionem separirt, an besondere Erben zuzuwenden, und er hat von dieser Concession Gebrauch gemacht, so können auch solche separirte Rechtsverhältnisse nur dadurch separat conservirt und vererblich gemacht werden, daß man eine entsprechende, d. h. nur in diesen res certae concret gewordene Separat-Persönlichkeit (quasi hereditas) des Soldaten annimmt, durch welche gerade diese res und nur sie auf diesen heres vererbt werden; ganz ebenso muß natürlich nun auch für jeden weitern Specialkreis von Rechtsverhältnissen, über welche entweder zu Gunsten Andrer testirt ist, oder welche (weil über sie nicht testirt ist) den Intestaterben zufallen, eine weitere Separat-Persönlichkeit des Soldaten statuirt werden; kurz so vielfach res certae

separirt sind per institutionem, so vielfach entstehen auch besondere Persönlichkeiten. Und da nun nach natürlicher, dem jus commune zu Grunde liegender, Betrachtung sämmtliche Rechtsverhältnisse eines Menschen Ergebnisse seiner einigen Persönlichkeit sind, m. a. W. da Ein Mensch auch nur Eine hereditas hinterläßt, so muß man für jene Beerbung eines Soldaten, weil dieß bei ihm anders sein darf, gleichsam plurium hominum plures hereditates annehmen[34]. — Sonach ist denn auch in dem Soldatentestamente[35] der heres ex re certa institutus (selbst da, wo sich seine Gestaltung nicht nach jus commune der pagani realisirt) der rechtlichen Auffassung nach niemals ein heres ex re certa, sondern wahrer juris successor, das Objekt seines Erbrechts ist die über die separirte res sich wölbende Separat-Persönlichkeit des Erblassers, und per hanc quasi hereditatem geht die res auf ihn jure heredis über[36]. In

[34]) Gesetzt z. B., der miles instituirt lediglich einen Erben auf einen fundus, während er noch sonstiges Vermögen hinterläßt. Hier gilt er 1) rücksichtlich der testamentarischen Vererbung des fundus als eine Person, welche eben nichts als einen fundus im Vermögen hatte, und deren Nachlaß dann doch zweifellos eine hereditas bildet. 2) Daneben gilt er rücksichtlich seines übrigen Vermögens als eine weitere Person, deren vermögensrechtliche Persönlichkeit nur hierin, nicht auch im Erwerb eines fundus concret geworden ist; bezüglich dieser wird er, weil über sie kein Testament vorliegt, von den Intestaterben repräsentirt.

[35]) Um wieviel weniger hätte sich das Römische Recht jemals entschließen können, den im Testamente eines paganus neben gehörig Eingesetzten vorhandenen heres ex re certa institutus (Kapitel 1, Abschnitt 3) als Erben auf die res certa anzuerkennen!

[36]) Wie selbstverständlich dieß der Römischen Rechtsanschauung ist, zeigt sich ganz charakteristisch darin, daß es in jenem fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb. gar nicht besonders hervorgehoben wird, sondern erst gelegentlich einer Anwendung (Platzgreifen des Sct. Treb.) zum Vorschein kommt, ebenso darin, daß die meisten Stellen, z. B. die oben Seite 495 citirten fr. 6 pr. D. de test. mil. und c. 2 C. eod. für genügend halten, zu sagen: wenn der Soldat Jemanden ex re certa eingesetzt habe, so trete rücksicht-

dieser Weise also wird dem heres ex re certa des miles eine hereditas geschaffen, während sie dem heres ex re certa des paganus durch detractio rei geschaffen wird; für die institutio ex re certa im Soldatentestamente ist, wie man es auch ausdrücken kann, die rei mentio als demonstratio einer von dem Soldaten gewollten Separat-Persönlichkeit zu betrachten.

Der das Bisherige beherrschende Gesichtspunkt gilt übrigens, wie jetzt erhellt, keineswegs bloß da, wo der Soldat sein Vermögen nach res certae separirt hat, er gilt aus ganz gleichen Gründen ebenso da, wo er pro parte testatus pro parte intestatus verstirbt, jede pars bildet hier eine Separat-Persönlichkeit[37]); er gilt ferner da, wo der Soldat (mag er auf res certae oder auf partes instituirt haben) aus mehreren Testamenten beerbt wird, durch jedes neue Testament, welches er neben dem früheren gelten lassen will, gränzt er sich eine besondere Persönlichkeit ab, über welche er hier testirt[38]), und gerade darum kann er sogar in einem und demselben Testirakte mehrere Testamente errichten[39]), denn was ist ein Testament

---

lich des übrigen Vermögens Intestaterbfolge ein, — ohne dabei den für Bedeutung und Objekt dieser Successionen maaßgebenden Gesichtspunkt auseinander zu setzen.

[37]) Welche res hereditariae hier in den einzelnen partes enthalten sind, darüber s. unten Note 47.

[38]) Daher ist auch gänzlich verfehlt die gemeine Meinung, welche z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 94 so ausdrückt: „die in beiden Testamenten eingesetzten Erben werden als in demselben Testamente eingesetzte Miterben betrachtet"; im Gegentheile, jedes Testament bildet auch juristisch ein besonderes Testament, und der in dem einen wie in dem andern Testamente Eingesetzte ist heres ex asse, jeder rücksichtlich der ihm erworbenen Separat-Persönlichkeit.

[39]) Aus diesem Gesichtspunkte erklärt es sich unsrer Ansicht nach, wie Ulpian in fr. 19 pr. D. de test. mil. (29. 1) von mehreren Soldatentestamenten sagen konnte: sive simul fecerit (sc. miles) sive separatim. — A. Faber (error. pragm. Dec. 71 error. 4 init.) sieht daher mit

anders, als Verfügung über die Persönlichkeit des Erblassers? wie denn z. B. in jenem Falle des fr. 17 §. 1 D. de test. mil. durch gleichzeitige Einsetzung eines Erben auf die bona castrensia, eines andern auf die ceterae res in der That nicht bloß quasi duorum hominum duae hereditates, sondern eben darum zugleich auch duo testamenta zu intelligiren sind.

Und nunmehr haben wir den Standpunkt erreicht, von welchem aus sich die früher (Seite 493) gemachte Bemerkung rechtfertigt, daß die römische Behandlung diese scheinbar abnormen Soldatenerben der Hauptsache nach dennoch mit der juristischen Bedeutung des heres in versöhnliche Harmonie zu bringen gewußt hat. Das Abweichende von der Beerbung nach jus commune besteht nicht darin, daß der ex re oder ex parte Eingesetzte, und der daneben zu den ceterae res oder partes etwa gerufene Intestaterbe, weil er nicht in das Ganze des Soldatennachlasses succedirt, nun nicht dennoch in ein Ganzes eintritt, das Abweichende besteht lediglich darin, daß der Soldat mehrere Ganze, mehrere quasi hereditates, als wäre er dann eine mehrfache Person, hinterlassen darf, was sich aber, eben im Geiste des jus commune, als eine nothwendige Folge davon herausstellt, daß ihm gestattet ist, seine bona beliebig zu theilen, und doch jede Zuwendung als Erbeseinsetzung zu wollen. Auch bei dem Soldaten ist das Testament stets Verfügung über das Ganze einer vermögensrechtlichen Persönlichkeit, eine jede von dem Soldaten per institutionem hervorgehobene separatio bonorum erscheint als ein eigenes Testament, und wenn daneben etwa noch Intestaterbfolge eintritt, so betrifft diese dann ebenfalls die hereditas

---

Unrecht in diesen Worten einen Tribonianismus, wegen der physischen Unmöglichkeit, mehrere Testamente zugleich zu errichten; zwischen Testament und Testirakt ist in dieser Beziehung bei dem Soldaten ein Unterschied. Andre Ansichten s. bei Huschke, Rhein. Mus. Bd. VI, S. 300, Note 68, und Mühlenbruch a. a. O. S. 94, Note 39.

einer gleichsam andern Person. Wenn daher das Römische Recht sagt, der Soldat dürfe pro parte testatus pro parte intestatus decedere, so ist das „pro parte" von partes eines nach den Anforderungen des jus commune gestalteten Ganzen zu verstehen, jure militari testirt auch der Soldat niemals pro parte. — Und so tritt gerade durch die Art und Weise, wie das Römische Recht die Ausnahme (das Soldatentestament) behandelt, wiederum die Regel des jus commune hinsichtlich Auffassung der Beerbung in ihrer Bedeutung und in ihrem Glanze hervor.

Ueberall da nun, wo sich der Soldat durch institutio ex re certa mehrere vermögensrechtliche Persönlichkeiten geschaffen hat, ergeben sich aus dieser grundsätzlichen Behandlung seiner Anordnung sehr einfach zugleich die Folgesätze für die Einzelngestaltung des dann eintretenden Verhältnisses.

1) Untereinander stehen die mehreren Persönlichkeiten, eben als quasi plurium hominum plures hereditates, überhaupt in keinem eigentlich juristischen Verbande; der Erbe der Einen steht zu dem Erben der Andern in keinem Miterben-Verhältnisse, Jeder ist heres ex asse in seinem Kreise.

Die Forderungen und Schulden des Soldaten betreffend findet nicht verhältnißmäßige Theilung jeder einzelnen derselben unter sämmtlichen Erben statt, etwa pro modo emolumenti, sondern das Princip ist ganz allgemein das in fr. 17 §. 1 D. de test. mil.[40]) für die bona castrensia und ceterae res befolgte: auch des Soldaten Obligationsverhältnisse sind an die Persönlichkeit des Erblassers geknüpft, nur hier jure singulari an die durch des Soldaten Willen geschaffenen Separat-Persönlichkeiten. Jede quasi hereditas hat also ihre eigenen actiones

---

[40]) s. oben Seite 498.

hereditariae[41]), und zwar gehen jeden Erben allein und ausschließlich diejenigen Forderungen und Schulden an, welche mit Rücksicht auf die ihm (durch Testament oder ab intestato) zufallende res certa entstanden sind. Ein solcher Zusammenhang bestimmter Obligationen mit bestimmten res certae wird nun allerdings in der Regel nur da stattfinden, wo die res in Vermögenscomplexen bestehen, z. B. bei bona castrensia und ceterae res, bona paterna und bona materna, res Italicae und res provinciales[42]), u. s. w.; indessen möglich bleibt es immer, daß eine Forderung oder Schuld mit specieller Rücksicht auf eine einzelne Sache, z. B. einen fundus, entstanden ist, sie geht dann ausschließlich auf den Erben dieses fundus über. Sollte vorkommenden Falles eine oder die andere res certa frei von obligatorischen Beziehungen sein, und darum auf den Erben dieser res weder Forderungen noch Schulden übergehen, so ist dieß begreiflich nichts Anomales, indem ja überhaupt ein Nachlaß, welcher zufällig keine Obligationen enthält, doch ohne Anstand eine hereditas bildet. Sollten ferner die vorhandenen Forderungen und Schulden des Soldaten mit gar keiner der von

---

[41]) Daher heißt es in fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb. (s. oben S. 501) ganz allgemein: qua ratione ex certa re miles heredem instituere potest, actionesque ei dabuntur. Auch die Lesart: excepta re statt ex certa re würde hieran nichts ändern.

[42]) Bei der institutio ex re certa in dem Testamente eines paganus haben wir gesehen, daß dem auf die bona paterna Eingesetzten die väterlichen, dem auf die bona materna Eingesetzten die mütterlichen Forderungen und Schulden in fr. 78 pr. D. de her. inst. wenigstens indirekt (interpositis propter actiones cautionibus) zugetheilt werden, s. oben Seite 222 ff., während bei Einsetzung auf res Italicae und provinciales auf den Zusammenhang der Obligationen mit dem einen oder andern dieser Vermögen nicht einmal indirekt Rücksicht genommen wird, s. Seite 156 Nummer II. Diese Verschiedenheit erklärt sich einfach: in ersterem, nicht auch in letzterem Falle waren die fraglichen Forderungen und Schulden wenigstens ursprünglich bei zwei verschiedenen Personen entstanden.

ihm per institutionem separirten Objekte in Verbindung stehen, so kann auch dieß keine juristische Schwierigkeit machen, denn der Soldat hat dann entweder sein sämmtliches Vermögen vertheilt oder nicht; in dem letzteren Falle würden zu dem, an die Intestaterben fallenden, unvertheilten Nachlasse auch jene Obligationen gehören, im ersteren Falle dagegen würde es — wovon indessen erst später — überhaupt noch sehr die Frage sein, ob sich nicht hier die institutiones ex re certa nach den Grundsätzen des jus commune zu realisiren hätten.

Die in dem Gesammtnachlasse des Soldaten befindlichen corpora sind nicht unter den verschiedenen Erben gemeinschaftlich, jede Masse hat ihre eigenen corpora, daher zwischen dem Erben der einen und der andern kein judicium fam. erc. stattfindet. Die Worte in fr. 25 §. 1 D. fam. erc.: „divisum est enim per Constitutiones inter eos patrimonium“ [43]) wollen nicht sagen, für das castrensische und nichtcastrensische Vermögen hätten eigne Constitutionen diese Trennung ausgesprochen, jene Worte denken nur an den ganz allgemeinen Satz der kaiserlichen Mandate: „sufficiat ad bonorum suorum divisionem nuda voluntas“ [44]), in Folge dessen dann unter andern auch die von dem Soldaten per institutionem hervorgehobenen bona castrensia und ceterae res getrennt sind.

Der Erbe jeder einzelnen hereditas hat in Bezug auf diese und die darin enthaltenen bona die Erbschafts-Rechtsmittel in solidum, dem auf einen fundus Instituirten z. B. steht die hereditatis petitio nicht als partiaria zu, weil noch Erben auf andere quasi hereditates neben ihm vorhanden sind, er fordert mit ihr den ganzen fundus ein, er macht dadurch seine ganze hereditas geltend [45]). Und wenn es in fr. 20 §. 10 D. de

---

[43]) s. oben Seite 499.

[44]) Seite 486.

[45]) s. auch fr. 34 D. de her. pet. (5. 3).

hered. petit. (5. 3) heißt: „non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate", so gehören zu den aliae universitates, bei welchen das hier gemeinte Sct. Juventianum Platz greift, eben auch unsre plures quasi hereditates der Soldatentestamente.

Erwirbt der Eine die ihm deferirte quasi hereditas nicht, so wird dieselbe weiter deferirt, es findet kein Accresciren an die andere statt[46]), sofern nicht der erweisliche Wille des Sol-

---

[46]) Ueber das Accrescenzrecht der Testamentserben eines Soldaten haben wir bekanntlich zwei Stellen, fr. 37 D. de test. mil. von Paulus (zwei Erben sind hier jure communi, und zwar sine partibus instituirt) und c. 1 C. eod. von Caracalla (hier ist der Eine, der Bruder des Soldaten, auf das castrensische, der Andere auf das nicht-castrensische Vermögen eingesetzt). Hinsichtlich der Vereinigung dieser beiden sich scheinbar widersprechenden Stellen verweisen wir auf die nach dem Vorgange Andrer neuerdings von Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. XLII, S. 88 ff. gemachten Ausführungen, indem wir denselben im Wesentlichen, außer dem unter 3 dieser Note zu Bemerkenden, beistimmen. Hiernach geht im Zweifel die Intestaterbfolge dem jus accrescendi vor, nicht umgekehrt, wie Andere wollen, und zwar: 1) hat der Soldat Mehrere ex rebus certis instituirt, so folgt dieser Satz schon aus dem von uns gewonnenen Grundsatze, daß hier mehrere getrennte hereditates vorliegen, welche an sich gar keine juristische Möglichkeit eines Accrescirens offen lassen, diese Möglichkeit kann eben nur durch einen besondern Willen des Soldaten herbeigeführt werden, wonach diese vorerst getrennten hereditates eventuell zu einer einzigen werden sollen. 2) Hat der Soldat Mehrere ex certis partibus instituirt, so ist zwar dann, wenn Alle erwerben, eine einzige, nach jus commune zu behandelnde hereditas vorhanden (anders, wenn Einer ex parte, z. B. auf ½ instituirt ist, die andere pars aber nicht vertheilt ist, also an die Intestaterben fällt, s. die folgende Note); fällt aber Einer weg, so entstehen jetzt im Zweifel duae hereditates, die pars des Weggefallenen wird den Intestaterben deferirt, soferne nicht aus einem besondern Willen des Soldaten erhellt, daß auch bei dem Wegfall Eines oder Einiger der Nachlaß eine einzige hereditas bleiben soll. 3) Ganz ebenso, wenn die Erben sine partibus eingesetzt sind. Zwar will hier Mühlenbruch a. a. O. Seite 92 im Zweifel dem jus accrescendi den Vorzug geben, allein unsere Ansicht erweist sich geradezu aus den ganz allgemein gehaltenen Worten

daten darauf gerichtet ist, daß eventuell beide universitates als eine einzige, dem jus commune entsprechende, behandelt werden sollen[47]).

2) Gesetzt, der Soldat hat auf eine der res certae (oder auch auf eine pars hereditaria) mehrere Erben instituirt, z. B. A und B auf die bona castrensia, C auf die ceterae res, so sind allerdings diese Conjungirten untereinander wahre Miterben, es entstehen Quoten der ihnen gemeinschaftlich zugewiesenen quasi hereditas. Nach Verhältniß dieser Quoten sind unter den Conjungirten die auf diese universitas fallenden Forderungen und

---

des fr. 37 D. de test. mil., es liegt kein Grund vor, mit Mühlenbruch zu subintelligiren, in dem Falle dieser Stelle seien die Erben ex certis partibus instituirt gewesen; ferner folgt aus c. 3 C. de test. keineswegs der von Mühlenbruch behauptete Satz, es werde im Zweifel angenommen, der Soldat habe die Intestaterben ausschließen wollen, wenn er auch dem Buchstaben nach seine Erbschaft nur unvollständig vertheilt habe, vielmehr erklärt sich c. 3 cit. aus dem oben Seite 488, Note 14 Bemerkten. — Nur allein da, wo der Soldat Mehrere auf ein und dieselbe res oder pars instituirt hat, glauben wir bei dem Wegfalle Eines dieser conjuncti im Zweifel ein Accrescenzrecht für die übrigen conjuncti der Absicht des Soldaten gemäß statuiren zu dürfen, s. oben im Texte, Nummer 2 am Ende.

[47]) Alles unter Nummer 1 Bemerkte gilt auch da, wo der Soldat keine institutiones ex re certa vorgenommen, sondern einen Erben auf eine pars eingesetzt hat, die andere pars aber an die Intestaterben fällt. Nur ist hier jede einzelne Forderung und Schuld wie nach jus commune zwischen dem Testaments- und Intestaterben getheilt, und rücksichtlich der corpora stehen sie in Rechtsgemeinschaft; allein darum bleiben es dennoch duorum hominum duae hereditates, es ist so anzusehen, als seien schon bei Lebzeiten des Soldaten zwischen ihm und einer alia persona die Obligationen getheilt, die corpora gemeinschaftlich gewesen. Zur Aufhebung der Rechtsgemeinschaft zwischen Testaments- und Intestaterben findet daher nicht das jud. fam. erc., sondern die actio communi dividundo statt, denn obwohl das jud. fam. auch für Auseinandersetzung mehrerer Erbschaften zuläßig ist, gilt dieß doch bekanntlich nur dann, wenn diese Erbschaften unter denselben Personen gemeinschaftlich sind. fr. 25 §. 3. 4. 5 D. fam. erc. (10. 2).

Schulden getheilt, die darin enthaltenen corpora gemeinschaftlich, zur Aufhebung dieser Gemeinschaft ist das judicium fam. erc. begründet [48]); nach demselben Verhältnisse ferner stehen die Erbschafts-Rechtsmittel den Conjungirten pro rata zu, z. B. die hereditatis petitio ist für den Einzelnen eine partiaria. Auch muß man hier im Zweifel ein Accrescenzrecht zulassen, soferne nicht eine besondere voluntas militis dahin erhellt, daß beim Wegfalle des Einen der Andere doch nur den ihm zugedachten Theil an der res erhalten soll, wo dann aus der bisherigen Separat-Erbschaft wiederum zwei weitere getrennte quasi hereditates entstehen, deren eine (die erledigte) den Intestaterben zufällt.

3) Indessen muß der unter Nummer 1 in seinen Folgen näher erläuterte Satz, wonach die von dem Soldaten per institutionem separirten res als getrennte quasi hereditates gelten, in seiner consequenten Durchführung rücksichtlich der Schulden des Soldaten für die Gläubiger der einen oder der andern Erbschaft dann zu einer Härte führen, wenn eine derselben überschuldet ist, und darum der auf sie Eingesetzte ausschlägt. Wie sich die Sache hier gestalte, darüber haben wir für den Fall, daß Einer auf das castrensische, ein Anderer auf das nichtcastrensische Vermögen instituirt ist, in dem jetzt mitzutheilenden Schlusse des seinem vorhergehenden Inhalte nach oben [49]) erörterten fr. 17 §. 1 D. de test. mil. folgende ausdrückliche Entscheidung:

> quodsi alterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat, et propter hoc is, qui ex ea parte heres institutus est, non adierit, alterum, qui adiisset, compellendum esse, aut defendere

---

[48]) s. auch fr. 2 §. 2 D. fam. erc. (10. 2).

[49]) Seite 498.

totam hereditatem, aut totam creditoribus solvere.

Das Verhältniß ist so zu denken: Indem der auf die überschuldete (nehmen wir an, die castrensische) Erbschaft Eingesetzte ausschlägt, accrescirt dieselbe zunächst keineswegs dem auf die ceterae res Instituirten [50]), sie wird vielmehr vorerst den Intestaterben deferirt. Allein auch diese schlagen sie, wie natürlich, aus, und es findet sich überhaupt kein Erbe für dieselbe. Dadurch sind die castrensischen Gläubiger an sie als an einen erblosen Nachlaß gewiesen, berechtigt zur missio in denselben. Consequent müßten sie auf diesen Nachlaß (eben weil er die hereditas einer gleichsam besondern Person bildet) beschränkt bleiben; allein es wäre offenbar unbillig, wenn sie unter der von dem Soldaten (welcher bei Lebzeiten mit seinem gesammten Vermögen gehaftet hätte) testamentarisch vorgenommenen separatio bonorum leiden müßten; darum dürfen sie nunmehr auch den nichtcastrensischen Erben angehen. Dieser hat nun die Wahl, entweder auch die nichtcastrensische Erbschaft den castrensischen Gläubigern zu überlassen [51]), so daß er von seinem Separat-Erwerbe praktisch wieder loskommt, und der gesammte Nachlaß den Gläubigern in possessionem gegeben wird, oder aber sich dieses Gesammtnachlasses anzunehmen, und sich auch auf die castrensischen Schulden, und zwar auf das solidum derselben, einzulassen [52]). — Es findet also allerdings ein nachträgliches Accresciren der erblos gewordenen Einen quasi hereditas an

---

[50]) s. oben Seite 511, Note 46.

[51]) solvere bedeutet, wie schon die Glossa Accursii ad h. l. bemerkt, so viel als tradere, oder auch, wie es in fr. 8 D. si pars her. pet. (5. 4) heißt, cedere. S. auch fr. 40 D. de neg. gest. (3. 5.)

[52]) defendere bedeutet in unserer Stelle, wie in so vielen andern, sich auf eine Klage einlassen, s. Brisson. h. v. §. 1. Dirksen h. v. §. 3. Heumann, Handlexikon h. v.

die andere statt, nur mit der, durch Billigkeit gerechtfertigten, Abweichung von den gewöhnlichen[53]) Grundsätzen des jus accrescendi, daß dem Erben, obwohl er bereits erworben hat, noch frei steht, entweder das Ganze anzunehmen, oder von dem Ganzen loszukommen, ganz ähnlich wie da, wo der suus als Theilerbe abstinirt, und nun sein Miterbe genöthigt ist, ut aut totam hereditatem agnoscat, aut a tota recedat[54]).

Diese Entscheidung des fr. 17 §. 1 D. de test. mil. muß **überall** da gelten, wo der Soldat durch separatio bonorum per institutionem mehrere quasi hereditates geschaffen hat, und eine derselben als überschuldet erblos wird.

§. 28.

Die einzelnen Fälle der institutio ex re certa in dem Testamente eines miles.

Nachdem durch das Bisherige der juristische Gesichtspunkt klar geworden ist, welcher für die singuläre Behandlung der von einem Soldaten angeordneten institutiones ex re certa maaßgebend wird, untersuchen wir nunmehr, die einzelnen möglichen Fälle dieser Einsetzungen durchgehend, genauer die Frage: **wann** realisiren sich dieselben wirklich nach jenem Gesichtspunkte (jure militari), und wann jure communi wie in dem Testamente der pagani? Mit Beantwortung dieser Frage ist dann zugleich die Detailgestaltung für jeden einzelnen Fall von selbst gegeben; sie ist die am Schlusse des vorigen Paragraphen im Wesentlichen

---

[53]) fr. 53. §. 1 D. de acq. vel omitt. her. (29. 2.)

[54]) fr. 55 D. de acq. vel om. her. (29. 2.) — S. überhaupt Cujacius Commentar. in lib. VII Quaest. ad l. 37 D. de test. mil. — A. Faber error. pragm. Dec. 71 err. 9. — **Mühlenbruch** in Glück's Commentar Bd. XLII, Seite 84 ff., und über abweichende Ansichten Anderer insbes. S. 85, Note 19.

angedeutete überall da, wo sich die Verfügung jure militari realisirt, während andernfalls auch für das Detail das jus commune zur Anwendung kommt, insoferne nicht Punkte in Frage stehen, welche (wie Falcidia, jus accrescendi u. s. w.) überhaupt in dem Testamente der milites eine andere Beurtheilung als in dem der pagani erhalten.

I. Der Fall, wenn nur ein einziger Erbe, dieser aber auf eine res certa instituirt ist.

Erhellt hier aus den Umständen, oder kann sonstwie besonders nachgewiesen werden, daß der Soldat mit der genannten res sein Vermögen überhaupt bezeichnen wollte, dann tritt natürlich die Behandlung des jus commune [1]) ein; die rei mentio gilt als demonstratio totius hereditatis, der ex re Instituirte erhält, dem Willen des Erblassers gemäß, als heres ex asse das Ganze.

Ist dagegen eine solche voluntas nicht kenntlich, wollte also der Soldat den Eingesetzten in der That auf die res certa beschränken, so wird rücksichtlich seines übrigen Vermögens ein doppelter Fall möglich:

1) Er hat über das Uebrige überhaupt nicht verfügt; hier realisirt sich die Beerbung jure militari, fr. 6 D. de test. mil., c. 2 C. eod. [2]). An den Eingesetzten fällt die res certa, und nur diese, jure heredis als separate quasi hereditas, daneben bildet das übrige Vermögen eine zweite, den Intestaterben deferirte, quasi hereditas. Alles dieß, mag der Testamentserbe direkt ex re certa oder aber excepta certa re instituirt sein.

Eine Folge dieses Gesichtspunktes ist es, daß, wenn ein filiusfamilias miles, ohne zu wissen, daß sein parens bereits verstorben war, einen Erben auf das pec. castrense ernannt

---

[1]) s. oben Seite 23, Nummer 1.

[2]) citirt oben Seite 495, Nummer 1.

hat, der Eingesetzte nur auf die castrensia bona gerufen wird, nicht auch auf den väterlichen Nachlaß, welcher vielmehr, soferne der miles nicht anderweit über denselben verfügt hat, den Intestaterben desselben zufällt.

fr. 11 §. 2 D. de test. mil. (Ulp. lib. 45 ad edictum) : Si filiusfamilias, ignorans, patrem suum decessisse, de castrensi peculio in militia testatus sit, non pertinebunt ad heredem ejus patris bona, sed sola castrensia; fr. 12 D. eod. (Pap. lib. 6 Resp.) : milites enim ea duntaxat, quae haberent, scriptis relinquunt. fr. 13 pr. D. eod. (Ulp. lib. 45 ad edictum) : Idem est, et si de testamento mutando cogitavit, non quia adimere volebat castrensia bona heredi scripto, sed quia de paternis testari volebat, et alium heredem scribere.

Eine Folge ist es ferner, daß, wenn der über das pec. castrense testirende filiusfamilias miles nach der Testamentserrichtung suus heres seines Vaters wird, und, ohne Kenntniß davon zu haben, stirbt, der Eingesetzte doch nur auf die castrensia bona gerufen ist, während der von einem filiusf. paganus Instituirte in solchem Falle das gesammte Vermögen erhält.

fr. 19 §. 2 D. de castr. pec. (49. 17)[3].

2) Möglicherweise erhellt aber aus einer besondern (früheren, gleichzeitigen oder späteren) Willenserklärung ein Dritter, an welchen das übrige Vermögen fallen soll. Ist der Erblasser ein paganus, so haben wir[4]) für solche Fälle ganz allgemein folgende Behandlung kennen gelernt : der detracta re auf das Ganze gerufene heres ex re certa restituirt, soferne er direkt ex re eingesetzt ist, die Erbschaft als Universal-Fideikommiß

---

[3]) s. bereits oben Seite 24.

[4]) Seite 73 ff.

an jenen Dritten, und erhält daraus vice praeceptionis die res zurück, während er, excepta re instituirt, die res excepta an den Dritten als Singular-Fideikommiß herausgibt, die hereditas aber behält. Diese Behandlung beruhte darauf, daß der Erbe eines paganus mit Rechtsnothwendigkeit auf das Ganze gerufen, und seine Beschränkung auf die res certa nur durch Zuhülfenehmen der Vermächtnißtheorie realisirbar ist. Anders bei dem heres ex re certa des miles, dieser ist wohl auf ein Ganzes, aber nicht auf das Ganze gerufen. Daher:

a) Erhellt jener Dritte, an welchen das Uebrige fallen soll, dadurch, daß er in einem früheren Testamente zum Erben eingesetzt ist, nun aber der miles in einem späteren Testamente einen heres ex re certa instituirt, so tritt hier nicht die in §. 3 J. quib. mod. test. infirm. und fr. 29 D. ad Sct. Treb.[5]) für solche Anordnungen des paganus angegebene Behandlung ein, vielmehr wird, eben weil der Soldat wie mehrere Ganze, so auch mehrere Testamente neben einander hinterlassen darf, die frühere Einsetzung durch die neuerdings vorgenommene nur so weit afficirt, als dieß das Objekt jener mit sich bringt. Der im zweiten Testamente Eingesetzte ist auf die ihm zugewiesene res als auf eine separate quasi hereditas gerufen, dem im ersten Testamente Instituirten wird das Vermögen außer der neuerdings per institutionem separirten res als eine zweite quasi hereditas deferirt.

fr. 36 §. 1 D. de test. mil. (29. 1.) Papinianus lib. VI Resp. Miles, castrensium bonorum et non castrensium diversis heredibus institutis, postea castrensium bonorum alios heredes instituit; prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores

---

[5]) Seite 74 ff.

contulerit, nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis unus heres scriptus fuisset.

Und sollte der Soldat, nachdem er in einem früheren Testamente einen heres ex re certa ernannt hat, später in einem zweiten Testamente einen Erben auf das Uebrige ernennen, so wird durch die zweite Einsetzung die erste überhaupt nicht afficirt, sie betrifft ein ganz anderes Objekt, das juris nomen der ceterae res, welches ohne das zweite Testament den Intestaterben zugefallen wäre.

b) Erhellt dagegen jener Dritte, an welchen nach des Soldaten Willen das Uebrige kommen soll, nicht daraus, daß er in einem andern Testamente eingesetzt ist, so kann es sein, es sind ihm in einem vor oder nach Vornahme der institutio ex re certa errichteten Codicille die ceterae res zugewendet; das berührt dann wiederum nicht die testamentarische hereditas des ex re Instituirten, sondern das Objekt der daneben eintretenden Intestaterbfolge, es sind Intestat-Codicille neben einem Testamente. Oder aber es erhellt jener Dritte aus dem die institutio ex re certa enthaltenden Testamente selbst, dann allerdings realisirt sich das Verhältniß auf jenem Wege des jus commune, man kann hier sagen, die rei mentio sei nur demonstratio dafür, was der ex re Instituirte im Effekte behalten soll, gerufen sei derselbe schon nach dem Willen des Soldaten auf das Ganze.

II. Der Fall, wenn mehrere Erben, und zwar alle auf res certae, eingesetzt sind.

Hier ist (anders als in dem Testamente der pagani) zunächst darauf zu sehen, ob durch die Einsetzungen zugleich der ganze Nachlaß erschöpft ist oder nicht, — eben weil der Soldat auch pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

1) In dem letzteren Falle machen sich dieselben Gesichtspunkte wie unter I geltend, die Behandlung geschieht jure militari. Die Eingesetzten sind auf ihre res als auf quasi heredi-

tates gerufen, und zwar jeder auf eine eigne quasi hereditas, soferne jeder auf eine besondere res instituirt ist, während mehrere auf Eine res Conjungirte unter sich als coheredes einer einzigen quasi hereditas in Betracht kommen. Das Uebrige, den Instituirten von dem Soldaten nicht zugewiesene Vermögen fällt an die Intestaterben desselben als weitere quasi hereditas, und sollte aus einer besondern Willenserklärung ein Dritter erhellen, welchem der Soldat diesen Rest zugedacht hat, so regelt sich auch dieses Verhältniß ganz nach den unter I, 2 angegebenen Gesichtspunkten.

2) Ist dagegen durch die Einsetzungen zugleich das gesammte Vermögen vertheilt, so tritt vorerst die Behandlung des jus commune jedenfalls dann ein, wenn der Soldat mit den res bloß partes hereditariae demonstriren, also jure communi testiren wollte; die partes werden nach dem gegenseitigen Werthverhältnisse der res regulirt, damit ist, wie bei solchen Fällen in dem Testamente des paganus[6]), Alles abgethan. — Wie aber gestaltet es sich, wenn der Soldat (was die Regel sein wird) wirklich auf die res als solche einsetzen wollte, so daß diese geerbt werden sollen? Nach allgemeiner Betrachtung dürfte man auch hier die grundsätzliche Behandlung des jus commune, als zur Realisirung der voluntas militis hinreichend, annehmen[7]). Anders nach den Quellen. Hat der Soldat sein gesammtes Vermögen durch Separiren der castrensischen und nichtcastrensischen bona vertheilt, so kommt hier, wie die Erörterungen des vorigen Paragraphen ergeben, das jus militare zur Anwendung, es erscheinen diese beiden Massen nach fr. 17 §. 1 D. de test. mil.[8]) als quasi

---

[6]) s. oben Seite 139 und 143.

[7]) Seite 494.

[8]) Seite 496, Nummer a).

duorum hominum duae hereditates. Dagegen wird in der unmittelbar vorhergehenden Stelle, in dem princ. des fr. 17 cit. für den Fall, daß der Soldat seinen gesammten Nachlaß durch Hervorhebung gewisser andrer Vermögensobjekte vertheilt hat, die Behandlung des jus commune als die maaßgebende anerkannt.

fr. 17 pr. D. de test. mil. GAJUS libro XV ad Edictum provinciale : Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum [9]), valebit institutio, perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.

Es fragt sich nun : ist diese Behandlung nach jus commune als die regelmäßige, die nachher für das castrensische und nichtcastrensische Vermögen angegebene nur als die, lediglich für diese beiden Massen stattfindende, Ausnahme anzusehen, oder aber

---

[9]) Durch die Zuweisung der ceterae res an einen der Erben ist hier Alles vertheilt. — Mit Recht hebt v. Buchholtz, Prälegate, Seite 254 hervor, daß die Entscheidung des fr. 17 pr. D. cit., und somit die Behandlung nach jus commune nicht auch da zur Anwendung kommt, wo der Soldat nicht sein gesammtes Vermögen per institutionem separirt hat, allein er irrt darin, daß er in letzterem Falle die zu dem unvertheilten Reste des Vermögens berufenen Erben nach c. 2 C. de test. mil. als die einzigen Erben, die ex re Instituirten aber nach c. 13 C. de her. inst. als bloße Vermächtnißnehmer auf die res certae ansieht. Denn abgesehen davon, daß die Intestaterben in Concurrenz mit einem heres ex re certa institutus nach c. 2 C. de test. mil. keineswegs als alleinige Erben gelten (s. oben Nummer I), abgesehen ferner davon, daß c. 13 C. de her. inst. dem neben gehörig Eingesetzten ex re Instituirten gar nicht die Erbenqualität abspricht, läßt sich ja überhaupt nicht sagen, in jenem Falle seien die Intestaterben sine parte oder ex certis partibus auf den gesammten Nachlaß berufen, und hätten die res an die darauf Instituirten als Vermächtnisse abzugeben, sie sind lediglich auf das Unvertheilte, als auf eine getrennte quasi hereditas, gerufen, wie neben ihnen auch die Testamentserben auf eigne quasi hereditates.

weisen diese ungleichen Entscheidungen auf eine verschiedene Behandlung verschiedener Gattungen von res certae? Für die erstere Annahme scheint zu sprechen, daß die castrensische und nichtcastrensische Stellung etwas dem Soldaten Eigenthümliches ist, daß ferner auch in einer Reihe andrer Stellen, welche wir in dem vorigen Paragraphen kennen gelernt haben, vorzugsweise gerade diese beiden Massen hervorgehoben werden, sowie daß Gajus in dem princ. des cit. fr. 17 D. de test. ganz allgemein beginnt: si certarum rerum heredes instituerit miles, und die nachher speciell genannten Objekte nur beispielsweise (mit veluti) einführt. Dessenungeachtet glauben wir uns für jene zweite Annahme entscheiden zu müssen, und zwar dahin: bestehen die per institutionem separirten res in eigentlichen Vermögenscomplexen, deren jeder also, obwohl die verschiedenartigsten Objekte in sich begreifend, durch eine gemeinsame Beziehung zusammengehalten wird, z. B. res Italicae und provinciales; bona materna und paterna, dann kommt das für die castrensia bona und die ceterae res in §. 1 jener Stelle Gesagte zur Anwendung, ist dagegen der Nachlaß nach seinen sonstigen Bestandtheilen separirt, dann gilt die im princ. dieser Stelle angedeutete Behandlung nach jus commune. Vermögenscomplexe nämlich lassen am ersten und gewöhnlichsten eine Beziehung bestimmter Forderungen und Schulden auf sie zu, diese Beziehung wird aber am geeignetsten realisirt durch Behandlung der Complexe jure militari; ferner ersehen wir aus fr. 16 §. 6 D. ad Sct. Treb.[10]), daß Vermögenscomplexe des Soldaten auch als Objekte fideikommissarischer Restitution immer als sog. universitates juris aufgefaßt werden; endlich möchte unsere Ansicht eine indirekte Bestätigung finden in fr. 78 pr. D. de her. inst., soferne man annimmt, in dem dort unterstellten Falle habe

---

[10]) s. oben Seite 501.

der gesammte Nachlaß des testator paganus nur in den bona paterna und materna bestanden [11]).

Liegt nun ein Fall vor, in welchem sich die das ganze Vermögen erschöpfenden institutiones ex re certa nach jus commune realisiren, so ist auch die Einzelngestaltung ganz die in dem zweiten Abschnitte des vorigen Kapitels angegebene, so weit nicht die sonstigen Testamentsprivilegien der Soldaten in einem speciellen Punkte eine Abweichung hervorrufen. So muß z. B. die Unstatthaftigkeit der Falcidia bei Vermächtnissen der Soldaten [12]) bewirken, daß durch dieselbe schon nach Pandektenrecht die Prälegate der res certae nicht geschmälert wurden, und wenn einer der Eingesetzten, ohne erworben zu haben, wegfällt, tritt nicht Accrescenzrecht, sondern Intestaterbfolge ein, wodurch dann die ganze Sachlage eine andere juristische Gestaltung erhält; den Intestaterben ist nicht die dem Weggefallenen detracta re geschaffene pars hereditaria, vielmehr die ihm von dem Soldaten per institutionem zugewiesene res certa, nunmehr als eine quasi hereditas deferirt, wodurch sich jetzt auch die res certae der übrigbleibenden Instituirten in quasi hereditates verwandeln, und überhaupt das jus militare ganz in der unter II, 1 angegebenen Weise zur Geltung kommt.

III. Für den Fall, wenn der Soldat neben einem gehörig Eingesetzten einen oder einige Erben auf res certae instituirt hat, fehlt uns eine ausdrückliche Stelle; indessen kann seine Behandlung nach den uns bereits bekannt gewordenen Gesichtspunkten, insbesondere nach dem unter II Bemerkten, keine Schwierigkeiten machen. Auch hier wieder ist vorerst zu unterscheiden, ob durch die Einsetzungen zugleich der gesammte Nachlaß des Soldaten erschöpft ist oder nicht.

---

[11]) s. oben Seite 502, Note 32.

[12]) c. 12 C. de test. mil. (6. 21.)

1) Das Letztere kann begreiflich niemals eintreten, wenn die gehörig Eingesetzten sine partibus instituirt sind, vielmehr nur dann, wenn ihnen partes certae zugewiesen sind. Nicht erschöpft ist nun hier der Nachlaß dann, wenn der materielle Werth dieser Quoten mit dem Werthe der res certae zusammen den Gesammtwerth des Nachlasses nicht erreicht, z. B. A ist instituirt auf einen fundus im Werthe von $\frac{1}{4}$ des Nachlasses, B ist eingesetzt auf $\frac{1}{2}$. — Das Unvertheilte fällt auch hier an die Intestaterben, und daher gestaltet sich das Verhältniß so: der fundus bildet eine quasi hereditas für den A, gerade darum erstreckt sich aber die Quote des B zwar dem Werthe, aber nicht den Objekten nach über das gesammte Vermögen, nämlich nicht auch über die Hälfte des fundus; vielmehr erhält B von dem übrigen Vermögen (außer dem fundus) so viel, als die Hälfte des ganzen Nachlasses beträgt, also in jenem Falle $\frac{2}{3}$ der ceterae res, als quasi hereditas, das andere unvertheilte $\frac{1}{3}$ der ceterae res fällt den Intestaterben wiederum als quasi hereditas zu: B und die Intestaterben stehen rücksichtlich der in ihren quasi hereditates befindlichen corpora in einer Rechtsgemeinschaft, ohne darum Miterben zu sein[13]). — Es realisirt sich also das Verhältniß in der Art, als hätte in jenem Beispielsfalle der Soldat also verfügt: A sei mein Erbe auf den fundus, B sei mein Erbe auf $\frac{2}{3}$ des Uebrigen.

2) Erschöpft ist der Nachlaß, wenn die gehörig Eingesetzten entweder sine partibus, oder auf partes certae von der Größe instituirt sind, daß deren Werth mit Einrechnung des Werths der res certae dem Gesammtbetrage des Vermögens gleichkommt. — Erscheint nun hier die res certa im Sinne des Erblassers als bloße demonstratio partis hereditariae, dann realisirt sich das Verhältniß wiederum nach jus commune in der

---

[13]) s. oben Seite 512, Note 47.

auf Seite 365 angegebenen Art. War aber (wie in der Regel) auf die res als solche eingesetzt, so würde zwar nach allgemeiner Betrachtung dem Willen des Soldaten vollständig genügen, wenn man dem Grundsatze nach dieselbe Gestaltung wie in dem Testamente der pagani, also namentlich die Anwendung von Justinian's c. 13 C. de her. inst. eintreten ließe. Beachtet man dagegen die Quellen, so muß man die unter II, 2 erörterten Entscheidungen des fr. 17 pr. und §. 1 D. de test. mil. auch hier analog berücksichtigen. Demnach müßte jedenfalls dann, wenn die institutio ex re certa das castrensische oder nichtcastrensische Vermögen zum Gegenstande hätte, dieses als eine getrennte quasi hereditas in Betracht kommen, so daß die gehörig Eingesetzten lediglich auf das juris nomen des entgegengesetzten Vermögens gerufen seien. Ist aber der unter II, 2 behauptete allgemeinere Gesichtspunkt gegründet, so müssen wir in Gemäßheit desselben auch hier dahin unterscheiden: ist neben gehörig Instituirten auf einen Vermögenscomplex eingesetzt, dann realisirt sich das Verhältniß jure militari, ist dagegen auf eine sonstige res certa eingesetzt, dann kommt in der grundsätzlichen Behandlung das jus commune, insbesondere c. 13 C. de her. inst. zur Anwendung, und nur die am Schlusse der Nummer II berührten Detailfragen beantworten sich jure militari.

§. 29.

Dauer der singulären Gültigkeit der institutiones ex re certa in dem Testamente eines miles.

Hat nun der Soldat eine institutio ex re certa in der Art angeordnet, daß sich dieselbe nach den angegebenen Gesichtspunkten nicht jure communi, sondern jure militari realisiren wird, und stirbt im Soldatenstande, so tritt dieselbe, wie sich von selbst versteht, in dieser Weise wirklich in Kraft. Wie aber, wenn er als paganus verstirbt? Grundsatz ist bekanntlich, daß das Testament eines Soldaten auch nach seiner Verabschiedung,

insoferne dieselbe honeste erfolgt ist, ihm also die Rechte eines veteranus gibt, noch ein Jahr lang als militärisches Testament bestehen bleibt[1]. Allein für die von dem Soldaten jure militari angeordneten institutiones ex re certa kommt dieser Satz in der That nicht zur Anwendung. Die singuläre Behandlung derselben beruht nämlich darauf, daß der Soldat pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; dieß aber dauert nur so lange, als er wirklich Soldat ist, er muß als Soldat decedere[2]. Verstirbt er daher als paganus, so beurtheilen sich diese Einsetzungen alsbald jure communi, als seien sie in der That in dem Testamente eines paganus angeordnet gewesen.

fr. 13 §. 1 D. de test. mil. (29. 1)[3]. ULPIANUS lib. XLV ad Edictum. Sed si jam veteranus decessit, universa bona, etiam paterna, ad heredem pertinere castrensium, Marcellus libro undecimo Digestorum scribit; neque enim jam potuit de parte bonorum testari.

---

[1]) §. 3 J. de mil. test. (2. 11). fr. 26 D. de test. mil. (29. 1.) c. 5 C. eod. (6. 21.) — Mühlenbruch in Glück, Bd. XLII, Seite 121.

[2]) Mühlenbruch a. a. O. Seite 123, Note 14.

[3]) Die unmittelbar vorhergehenden Stellen s. oben Seite 517.

§. 30.

Schlußbetrachtung.

Rückblick auf die Begriffsbestimmung der institutio ex re certa, heutiges Vorkommen dieser Verfügung, heutige Anwendung der römischen Grundsätze über dieselbe. — Insbesondere von dem Falle, wenn Jemand auf den Niesbrauch, nach seinem Tode aber ein Andrer zum Erben eingesetzt ist.

Zum Schlusse der Abhandlung kommen wir nochmals auf den Begriff der institutio ex re certa zurück, theils um seine juristische Grenze, besonders hinsichtlich der möglichen Gegenstände dieser Einsetzungen zu vergegenwärtigen, und an einzelnen, bisher absichtlich nicht berührten, Fällen zu erläutern, theils um die faktische Frage zu prüfen, ob bei gewissen Ausdrucksweisen, namentlich in heutigen letzten Willensordnungen, wirklich eine institutio ex re certa, und nicht vielmehr entweder Einsetzung auf das jus, oder aber überhaupt keine Erbeseinsetzung, sondern bloße Zuwendung eines Vermächtnisses anzunehmen ist.

Eine institutio ex re certa fordert[1]), daß der Erblasser einerseits eine wirkliche Erbeseinsetzung, andrerseits als Gegenstand derselben nicht das jus hereditarium oder eine pars hereditaria, sondern direkt einen materiellen Vermögensbestandtheil, ein bestimmtes Vermögensobjekt gemeint hat. — Dieß genauer betrachtend, fragen wir:

I. Wann erscheint eine Erbeseinsetzung als institutio ex re certa?

---

[1]) Seite 13.

1) Obwohl die Quellen einen Begriff von res certa, als Gegenstand dieser Einsetzungen, nirgends angeben, vielmehr, wie der Verlauf unsrer Abhandlung gezeigt hat, bald in allgemein gehaltenen Stellen den Ausdruck res certa als etwas seiner Bedeutung nach Bekanntes gebrauchen, bald in Beispielsfällen dieses oder jenes Vermögensobjekt wählen, so rechtfertigt sich doch jene allgemeine Begriffsbestimmung der res certa, als eines jeden beliebigen Vermögensobjektes, theils schon aus den quellenmäßigen Beispielsfällen (warum sollte hier nicht ein Objekt so gut als das andere in Betracht kommen können?), theils aus der Tendenz solcher Einsetzungen; der Erblasser will dem Erben ein Objekt direkt zuwenden, welches, wenn dieser es jure heredis erhalten soll, dem Rechte nach nur per hereditatem auf ihn übergehen könnte.

Demgemäß erscheinen als res certae[2]) einzelne Sachen wie Vermögenscomplexe, seien diese auch von dem allergrößten Umfange, daher denn selbst Erbschaften, welche der Erblasser in sein Vermögen erworben hat (wie in fr. 78 pr. D. de her. inst. die bona paterna und materna), hierher gehören. Von einzelnen Sachen kommen in Betracht Eigenthumsobjekte, sowohl species (auch ideelle, und bei Grundstücken auch reelle Theile derselben) als Quantitäten und Summen; ferner Forderungen (sind diese theilbar, auch beliebige Theile derselben); ebenso jura in re aliena des Erblassers[3]). Gültig freilich wird die Einsetzung auf ein dem Erblasser zustehendes jus in re aliena nur dann sein, wenn dasselbe weder an seine Person gebunden, noch sonstwie seiner letztwilligen Disposition entzogen ist,

---

[2]) Beispiele für viele der folgenden Punkte s. oben S. 210—214, S. 216—224, S. 245 ff.

[3]) Sollte der Erblasser auf ein ihm zustehendes Pfandrecht instituirt haben, so ist als eigentlicher Gegenstand der Einsetzung die pfandlich gesicherte Forderung anzusehen, welche dann das Pfandrecht nach sich zieht.

denn hätte er z. B. auf einen ihm zustehenden Nießbrauch, oder auf ein seiner letztwilligen Verfügung nicht unterworfenes Lehen oder Erbleihgut instituirt, so würde die allerdings dem Begriffe nach auch hier vorliegende institutio ex re certa als eine total ungültige Anordnung ohne alle Wirkung bleiben.

Eine institutio ex re certa, und zwar zugleich eine gültige, ist auch dann vorhanden, wenn der Erblasser an einem ihm gehörigen Objekte einsetzungsweise ein jus in re aliena erst einräumt, obwohl dann der Eingesetzte bezüglich dieses jus in re aliena überhaupt nicht als Successor des Erblassers erscheint. So kann der Testator Jemanden per institutionem den Nießbrauch an dem gesammten Nachlasse oder an Stücken desselben zuwenden, es realisirt sich hier das Verhältniß, soferne nur nicht aus anderen Gründen[4] zweifelhaft wird, ob wirklich eine Einsetzung auf den Nießbrauch gemeint ist, ganz nach den allgemeinen Grundsätzen über Behandlung einer institutio ex re certa.

So sehr es das Gewöhnliche sein wird, daß der Testator nur auf ihm selbst gehörige Objekte einsetzt, so liegt eine institutio ex re certa doch auch dann vor, wenn er auf ein ihm fremdes, überhaupt auf ein entweder gar nicht oder nicht dauernd und sicher in seinem Nachlasse befindliches Objekt instituirt hat[5]. Eine andere Frage ist freilich, ob dann die Einsetzung überhaupt gültig ist? Für den Fall, daß eine solche Zuwendung an einen Miterben geschah, haben wir oben[6] die Behauptung gerechtfertigt, daß Ungültigkeit der Verfügung nur dann eintritt, wenn die rei mentio ein die Ernstlichkeit des

---

[4]) s. z. B. unten Note 32.

[5]) Ein Fall der Einsetzung auf eine res litigiosa findet sich in den Quellen selbst, c. 3 C. de litig. (8. 37); s. darüber oben Seite 212 ff.

[6]) Seite 245 ff. und Seite 451 a. E.

Willens ausschließendes derisorium oder einen für den Rechtsbestand der Einsetzung wesentlichen Irrthum enthält [7]). Nach ähnlichen Gesichtspunkten beurtheilt sich die Zuwendung eines Objekts jener Beschaffenheit an den einzigen Eingesetzten; seine Institution gilt daher ohne Anstand dann, wenn das Objekt nach der Hand untergegangen oder sonstwie aus des Erblassers Vermögen herausgekommen ist, oder sich nur nicht dauernd und sicher in dem Nachlasse befindet; war dagegen schon bei der Testamentserrichtung das Objekt dem Erblasser völlig fremd, dann muß, namentlich auch in Erwägung von Justinian's Bestimmung in c. 14 C. de her. inst. [8]), im Zweifel die Ungültigkeit der Einsetzung, also des ganzen Testaments behauptet werden, insoferne nicht aus besondern Umständen der Wille des Erblassers, damit doch nur über das Seinige zu verfügen, hervorgeht, z. B. er instituirt Jemanden auf ein Objekt, welches er in der Kürze wirklich zu erwerben dachte.

Eine noch natürlichere regelmäßige Schranke wird die sein, daß der Testator auf aktive Vermögensbestandtheile einsetzt, allein selbst Einsetzung auf Schulden fällt unter den Begriff der institutio ex re certa. Freilich eine solche Verfügung wäre seltsam genug, aber welche Fälle können nicht im Leben vorkommen! Die Gültigkeit einer Einsetzung auf Schulden läßt sich nur da in Abrede stellen, wo im Fragefalle ein derisorium im Sinne des Erblassers erhellt, andernfalls realisirt sich die Verfügung, soferne dem Eingesetzten genehm sein sollte, sich einer solchen Erbschaft zu unterziehen, ganz nach den Grundsätzen über juristische Behandlung einer institutio ex re certa [9]).

---

[7]) Ueber die Art und Weise, wie sich die Zuwendung, soferne sie nicht hiernach total ungültig ist, juristisch realisirt, s. oben Seite 248 ff. und Seite 452 ff.

[8]) s. oben Seite 224.

[9]) Ist der auf die Schulden Eingesetzte 1) der einzige Erbe, dann gestaltet sich Alles einfach. — 2) Hat er Miterben, welche sämmtlich

2) Immer aber ist eine institutio ex re certa im Rechtssinne nur dann vorhanden, wenn der Erlasser das Objekt der Einsetzung wirklich als res certa gemeint hat. Sein Wortausdruck entscheidet daher nicht unbedingt. Es ist einerseits möglich, er hat den Worten nach auf res certae instituirt, in der That aber eine gehörige Einsetzung (auf das jus) gewollt, und die rei mentio nur als demonstratio hereditatis oder partis hereditariae gemeint, wie z. B. unter Umständen dann, wenn

---

ex re certa eingesetzt sind, dann haftet er schon als Erbe für diejenige Rate der Schulden, welche auf der ihm auch hier detracta re geschaffenen pars hereditaria haftet, und zwar, soferne er nicht cum ben. inventarii angetreten hat, für diese Rate nöthigenfalls selbst ultra vires hereditarias; die Schuldenantheile der Miterben dagegen zahlt er nach den Gesichtspunkten eines legatum liberationis, welches ihm zu Gunsten der Miterben auferlegt gilt (s. oben Seite 189, Nummer 2); bis zu Nov. 1 c. 2 §. 2 durfte er daher 1/4 seiner pars frei behalten, seit dieser Novelle fällt dieß weg (Seite 241 ff.), ja seitdem muß er, soferne er nicht inventarisirt hat, selbst diese Schuldenantheile der Miterben nöthigenfalls ultra vires hereditarias bezahlen, als Folge davon, daß Justinian in jener Novelle den nicht inventarisirenden Erben verpflichtet, die Legate nicht nur ohne Abzug der Falcidia, sondern überhaupt vollständig zu prästiren. Sollten die Schulden nicht so bedeutend sein, so behält der auf sie Eingesetzte in der That aktives Vermögen, nämlich seine rata hereditaria an dem durch die übrigen institutiones ex re certa etwa nicht erschöpften Nachlasse. — 2) Sind endlich die Miterben gehörig eingesetzt, so widerstreitet dem Scheine nach die Verfügung direkt der c. 13 C. de her. inst., indem nach dieser Verordnung in Conkurrenz mit einem heres ex re certa gerade allein die gehörig Eingesetzten für die Schulden haften; allein der scheinbare Widerspruch verschwindet, wenn man daran festhält, daß der auf die Schulden Instituirte hier mit einem legatum liberationis und mit einem fideicommissum hereditatis belastet ist; es dient nur zur Abkürzung des Verfahrens, wenn er nach der (auch hier ganz wohl anwendbaren) c. 13 C. cit. restituta parte hereditaria von vornherein leer ausgeht, und aus der restituirten pars die Miterben selbst die Schulden zahlen. — Anders, wenn auch er gehörig eingesetzt, und nur der Zusatz gemacht ist: jedoch solle er allein alle Schulden bezahlen; hier behält er seine pars, zahlt in Folge des legatum liberationis die Schulden, was ihm hiernach noch an Aktivvermögen in seiner pars übrig ist, verbleibt ihm, denn hier sind ihm nicht lediglich Schulden, sondern lediglich ihm die Schulden zugewiesen.

die Miterben auf Summen eingesetzt sind[10]); ja auch als demonstratio für noch andere Zwecke läßt sich bisweilen die rei mentio auffassen[11]). Andrerseits kann es sein, der Testator will wirklich auf res certae instituiren, allein er bezeichnet keine bestimmten res ausdrücklich, sondern bewegt sich in allgemeineren Ausdrücken. Hier kommt denn namentlich die Frage in Betracht, ob es als Einsetzung auf eine res certa oder aber auf eine pars hereditaria anzusehen ist, wenn der Testator einen Erben auf den „Pflichttheil", oder neben Zuwendungen an Andre auf das „Uebrige", auf den „Rest" und dergl. instituirt hat.

Die Einsetzung „auf den Pflichttheil", ohne Angabe bestimmter Objekte, wird von Vielen[12]) immer und jedesmal für eine institutio ex re certa gehalten, unter Berufung auf den Satz, daß die legitima keine pars hereditatis, sondern pars bonorum sei. Allein dieser Satz, obwohl an sich richtig[13]), rechtfertigt keineswegs die hier aus ihm gezogene Folgerung. Sein Sinn geht dahin: der Pflichttheilsberechtigte hat einen Anspruch auf Hinterlassung von so viel bona an ihn, als er, wenn er wirklich Erbe auf die seinem Pflichttheil entsprechende pars partis ab intestato wäre, durch dieselbe und in derselben bekommen würde. Instituirt ihn nun der Erblasser, und zwar ausdrücklich auf eine pars hereditaria dieser Größe (z. B. den Sohn, als den im Fragefalle einzigen Pflichttheilsberechtigten, auf $\frac{1}{3}$), so liegt in der pars zunächst und an sich zugleich sein Pflichttheil, dieser kann dabei nur indirekt, durch Auferlegung von Vermächtnissen u. dergl. (also durch gravamina) ge-

---

[10]) s. oben Seite 139, Note 10, und Seite 365, Note 2.

[11]) siehe z. B. unten Note 32.

[12]) z. B. A. Faber, errores pragm. dec. 14 error. 6. Galvanus, de usufr. c. 13 Nr. VI. Fein, Recht der Collation, Seite 385, Note 22.

[13]) s. oben Seite 230 ff.

schmälert sein [14]. Instituirt daher der Erblasser nicht ausdrücklich auf eine pars, sondern schlechthin „auf den Pflichttheil", so darf er doch ganz gut die Absicht haben, hierdurch auf eine dem Pflichttheile entsprechende pars zu instituiren, ja er wird dieß in der That sehr oft wirklich beabsichtigen, denn sein Gedanke geht offenbar meistens nur dahin: der Eingesetzte soll nicht mehr als den Pflichttheil erhalten, darum aber keineswegs von den erbschaftlichen Lasten befreit sein, an diesen soll er vielmehr nach Verhältniß participiren, wie zu seinem Antheile jeder andere Erbe. — Demgemäß sagen wir: die Einsetzung auf den Pflichttheil erscheint bald als Einsetzung auf res, bald als Einsetzung auf eine pars, deren Größe durch die mentio legitimae demonstrirt ist; es beurtheilt sich dieß als quaestio voluntatis nach den Umständen, indem man die Einsetzung auf den Pflichttheil im Zusammenhange mit der Art und Weise betrachten muß, wie der Erblasser sein übriges Vermögen, ob nach res oder nach partes, vertheilt hat. — Ist hiernach der auf den Pflichttheil Instituirte überhaupt der einzige Eingesetzte, es erhellt aber aus des Erblassers Disposition ein Dritter, an welchen das übrige Vermögen (fideikommissarisch) fallen soll, so gilt jener als auf eine seinem Pflichttheile entsprechende pars instituirt, er hat daher, nachdem er de jure Erbe auf das Ganze geworden, an den Dritten nicht totam hereditatem praecepta certa re i. e. legitima, zu restituiren, sondern retenta parte nur partem hereditariam zu restituiren, z. B. der Sohn als etwa einziger Pflichttheilsberechtigter bleibt zu $1/3$ (dem Objekte seiner Einsetzung) Erbe, die andern $2/3$ restituirt er an jenen Fideikommissar. Sind neben ihm noch andere Erben, und zwar diese sämmtlich gehörig (sine partibus oder ex certis partibus) eingesetzt, dann muß auch er wiederum als auf eine (seinem

---

[14]) Seite 231, Note 11.

Pflichttheile entsprechende) pars eingesetzt betrachtet werden. Sind dagegen sämmtliche, oder auch nur einer, oder einige der Miterben auf res certae instituirt, dann allerdings ist auch die Einsetzung auf den Pflichttheil als institutio ex re certa aufzufassen; denn da sich die res der Andern, soferne sie e media hereditate kommen, als Prälegate realisiren, so haben zu denselben alle partes, mithin auch die pars des Pflichttheilsberechtigten beizutragen, dadurch aber würde der Pflichttheilsberechtigte, wollte man ihn als auf eine pars instituirt ansehen, dießmal in der That nicht die vollen darin enthaltenen, der legitima entsprechenden bona behalten, und daß er, um sich diese bona zu conserviren, den Beitrag zu den res der Andern als gravamen verweigern dürfte, möchte ebenfalls so lange wie möglich zu vermeiden sein, da auch die Zuwendungen der res an die Andern ex voluntate testatoris vollständig effektuirt werden sollen, so lange dieß unbeschadet des Pflichttheils der Gesammtbetrag des Nachlasses zuläßt.

In ähnlicher Art beurtheilt sich die Frage, ob Einsetzung „auf das Uebrige", „auf den Rest" und dergl. als institutio ex re certa oder als Einsetzung auf das jus aufzufassen ist, aus der Gegensätzlichkeit dieser Einsetzung zu den Objekten der daneben vorliegenden Verfügungen [15]. Einsetzung auf das Uebrige kann bei dem einzigen Instituirten dann vorkommen, wenn der Testator ein Vermächtniß vorangestellt, und hernach erst den Erben auf das Uebrige eingesetzt hat; je nachdem hier das Objekt des Vermächtnisses in einer res oder einer pars besteht, ist auch der Erbe als ex re oder ex parte eingesetzt anzusehen;

---

[15]) Aus dem Gesichtspunkte, daß die Bedeutung der cetera bona nur eine relative, aus dem Gegensatze zu entnehmende ist, erklärt sich auch fr. 2 D. qui potior. in pignore (20. 4), worauf aufmerksam macht Mühlenbruch in der allgem. Literaturzeitung, 1835, April, S. 567 und 568.

de jure natürlich auf das Ganze gerufen restituirt er in dem ersteren Falle ein Singular-Vermächtniß, im zweiten Falle das Universal-Fideikommiß einer pars. Hat er Miterben und diese sind gehörig eingesetzt (sine partibus oder ex certis partibus), dann gilt der „auf das Uebrige" Eingesetzte gleichfalls als auf das jus instituirt [16]), sind dagegen die Miterben auf res certae instituirt, so ist im Zweifel auch die Einsetzung auf das Uebrige für eine institutio ex re certa (ex ceteris rebus) zu halten, von welchem Gesichtspunkte denn auch Gajus in fr. 17 pr. D. de test. mil. [17]) ausgeht. Indessen kann doch hier unter Umständen die Gegensätzlichkeit des im Verhältnisse zu dem übrigen Vermögen nur unbedeutenden Werths der den Andern ausdrücklich zugewiesenen res bewirken, daß der daneben auf das Uebrige Eingesetzte als gehörig instituirt anzusehen ist, daß mithin nicht die rechtlichen Grundsätze für den Fall, wenn sämmtliche Erben auf res certae instituirt sind, sondern die für den Fall der Conkurrenz eines gehörig Eingesetzten mit ex re Instituirten zur Anwendung kommen. Gesetzt z. B., der Erblasser, welcher ein bedeutendes Vermögen hinterläßt, instituirt den A auf einen einzelnen fundus von nicht sehr großem Werthe, den B aber auf das Uebrige. Wollte man hier das Uebrige juristisch als ceterae res, mithin gleich dem fundus als Prälegat behandeln, so würde dadurch, mit Hinblick auf den aktiven und passiven Antheil an den actiones hereditariae, offenbar ein der voluntas testatoris weit weniger entsprechendes Resultat entstehen, als dann, wenn die dem A detracto fundo geschaffene Hälfte der Erbschaft an den B als Universal-Fideikommiß fällt,

---

[16]) fr. 17 §. 3, fr. 78 §. 3, fr. 79 D. de her. inst. (28. 5.) Hier ist bekanntlich die Einsetzung auf das Uebrige dann, wenn der Testator bereits ein (einfaches, doppeltes u. s. w.) Ganzes an die andern Eingesetzten vertheilt hat, überhaupt ohne Bedeutung.

[17]) s. oben Seite 521.

und A von vornherein nur den fundus als Prälegat zu beanspruchen hat.

II. Setzen wir nunmehr umgekehrt als im Fragefalle gewiß voraus, daß der Erblasser als Objekt der Zuwendung eine res certa gemeint hat, und fragen: wann hat er die Zuwendung als Erbeseinsetzung, und nicht (wofür das Objekt so sehr geeignet erscheint) als bloßes Vermächtniß gewollt?

In römischen Testamenten war dieß jedesmal in sehr einfacher Weise erkennbar, indem bei einer Einsetzung, wenigstens soferne sie auf eine res certa gerichtet war, sicherlich niemals der für die Erbeneigenschaft des Honorirten untrügliche und allgemein gekannte Ausdruck „heres“ gefehlt hat [18]).

Desto zweifelhafter wird unsre Frage sehr häufig bei heutigen Testamenten. Wenn freilich der Erblasser entweder selbst des Römischen Rechts kundig ist, oder doch unter Zuziehung von Kundigen seinen letzten Willen errichtet, dann wird er eine institutio ex re certa, soferne er nicht vorsichtshalber eine solche Verfügung gänzlich vermeidet, juristisch kenntlich anordnen; er wird untrügliche Einsetzungsworte wählen, und durch den ganzen Zusammenhang seines letzten Willens zu erkennen geben, daß diese Einsetzungsworte ihrer juristischen Bedeutung auch wirklich entsprechen sollen. Allein in vielen heutigen letzten Willensordnungen finden sich die Berufungsworte in sehr abwechselnder, unbestimmter Weise gebraucht. „Er soll mein Erbe sein“, „er soll erben“, „es sei sein Erbtheil“, „ich vermache ihm“, „er soll haben“, „ich hinterlasse ihm“, — diese und ähnliche Ausdrücke werden mit großer Gleichgültigkeit durch- und neben einander angewendet, und zwar dieß nicht bloß für Zuwendung von res certae, sondern ganz ebenso für Zuwendung des ganzen Vermögens oder von Quoten desselben. — Ob dann in solchen

---

[18]) Seite 32 ff.

Fällen eine Erbeseinsetzung oder ein Vermächtniß vorliegt, darüber muß nun allerdings, so viel ist zunächst gewiß, die Absicht des Erblassers entscheiden. Allein wie soll man die Absicht erkennen? und darf man immer so geradezu annehmen, der Erblasser habe den juristischen Gegensatz von Erbeseinsetzung und Vermächtniß gekannt, und daher wirklich gerade die eine oder die andere dieser Anordnungen gemeint?

Um hier richtig zu entscheiden, gebührt vor Allem der Frage eine genauere Rücksicht: wie erklärt es sich, daß in heutigen Testamenten so häufig jene unsichere Ausdrucksweise beliebt wird? Auf diese Frage antworten wir also: Der Grund der, einer römisch gebildeten Beurtheilung so unbestimmt erscheinenden Willenserklärungen liegt in der That in nichts Anderem als darin, daß auch die Willensbestimmung solcher Erblasser von ganz anderen als den Römischen Gesichtspunkten geleitet wird; in jenen Willenserklärungen spiegelt sich die ohne alle Frage das heutige Leben durchdringende germanische Ansicht über Bedeutung der Successionen und Zuwendungen auf den Todesfall, diese germanische Anschauung ist aber eine von der römischen total verschiedene.

Die römische Anschauung (§. 1. 2) geht ihrem Kerne nach dahin: Rechtsverhältnisse bestehen als solche nur durch Beziehung zu ihrem Subjekte; darum sind, wenn das bisherige Subjekt aufhört zu sein, an sich und nach natürlicher Betrachtung auch dessen Rechtsverhältnisse erloschen; sollen also die Rechtsverhältnisse dennoch über den Tod des Subjekts hinaus erhalten und auf Andere übertragbar werden, so muß das Subjekt selbst, obwohl physisch nicht mehr vorhanden, juristisch erhalten gedacht werden, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen (das jus defuncti) muß fortdauern; in diese einzutreten ist die rechtliche Bestimmung des Erben, durch das jus und in demselben gehen auf ihn nunmehr auch die bona defuncti über. — Allerdings kann der Erblasser auch bona als solche letztwillig an

einen Andern als Denjenigen, welcher dieselben per hereditatem erhalten und behalten soll [19]), zuwenden, allein dieß immer nur vermittelt durch erwartete Beerbung; auf der Bühne der Beerbung erheben sich die Vermächtnisse als delibationes hereditatis, als indirekte Zuwendungen von Vermögensvortheilen aus den durch demnächstige Repräsentation conservirten Erbschaftsmitteln. — Indem sich hiernach ganz von selbst Erbeseinsetzung (wie Beerbung überhaupt) und Vermächtniß schon dem Gegenstande nach — dort die vermögensrechtliche Persönlichkeit, hier (abgesehen von dem fideicommissum hereditatis) bona — scheiden mußten, trat der Gegensatz beider noch schärfer und allgemein gekannter dadurch hervor, daß dem heres überdieß eine noch über das Vermögen hinausragende, hochgestellte Lebensbedeutung [20]) in den Augen der Römer zukam.

Ganz anders tritt uns die germanische Anschauung entgegen. Ihr ist von vornherein der Gedanke fremd, daß Rechtsverhältnisse ihre Existenz nur durch Beziehung zu ihrem Subjekte erhalten, nach ihr haben einmal begründete Rechtsverhältnisse in sich selbst Bestand, ihre Forterxistenz läßt sich auch getrennt von der Beziehung zu ihrem ursprünglichen Subjekte denken. Bezüglich der Successionen auf den Todesfall ist darum der oberste römische Satz, Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen zum Zwecke der Erhaltung und Uebertragbarkeit seiner Rechtsverhältnisse, der germanischen Anschauung unbekannt, nach ihr bleiben die Rechtsverhältnisse als solche direkt, ohne diese Vermittlung, erhalten, soweit nicht einzelne aus andern Gründen mit dem Tode des Subjekts erlöschen [21]). Die Erbschaft in

---

[19]) Inwiefern auch an den Erben selbst unter dieser Voraussetzung, darüber s. oben Seite 104 ff.

[20]) s. oben Seite 28 ff. und Seite 474.

[21]) So überdauern nicht wie nach Röm. R. alle Schulden den Verstorbenen.

germanischem Sinne, ganz diesem Sinne entsprechend „Nachlaß" genannt, besteht daher nicht in dem von den res hereditariae verschiedenen juris nomen der hereditas, sondern geradezu in dem Aggregate der hinterlassenen res hereditariae[22]), Verfügungen des Erblassers über seinen Nachlaß sind jedesmal nur Verfügungen über die bona defuncti. — Sowie nun hiernach einerseits auch Vertrag als Grund der Berufung zum Nachlasse erklärlich wird, und die Erbschaft als durch verschiedenartige, neben einander eintretende, Berufungsgründe theilbar erscheint[23]), so fehlt andrerseits der germanischen Anschauung in der That jede hinreichende Veranlassung, für die einseitigen letztwilligen Zuwendungen einen Gegensatz von Erbeseinsetzung und Vermächtniß anzunehmen[24]). Denn vorerst ist die dem Römer

---

[22]) Diese Auffassung ist denn auch namentlich in die neueren Gesetzbücher übergegangen. Das Preußische Landrecht Theil 1, Titel 12, §. 1 bestimmt: „Ueber Alles, was der freien Verfügung eines Menschen unterworfen ist, kann derselbe auch auf den Todesfall nach Gutdünken verfügen". — Das Oesterreichische Gesetzbuch §. 531 bestimmt: „Der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht in bloß persönlichen Beziehungen gegründet sind, heißt dessen Verlassenschaft oder Nachlaß". — Wenn der Code Napoléon in einem und demselben Titel (livre III, titre II) handelt »des donations entre-vifs et des Testaments«, so erklärt sich dieß eben wieder aus der germanischen Auffassung des Nachlasses, art. 893: „On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament dans les formes ci-aprés établies«.

[23]) So bestimmt das Preuß. Landrecht, Theil 1, Titel 12, §. 45: „Er (der Erblasser) kann auch nur über einen Theil seines Nachlasses verordnen, und es in Ansehung des Ueberrestes bei der gesetzlichen Erbfolge lassen". S. auch ebendaselbst §. 46, §. 256—260, §. 617 ff., §. 629. — Oesterr. Gesetzb. §. 534: „Die erwähnten drei Arten des Erbrechts können auch neben einander bestehen, so daß einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem andern aus dem Vertrage, und einem Dritten aus dem Gesetzbuche gebührt".

[24]) Im germanischen Sinne heißt Erbe vorzugsweise Derjenige, welcher einen gesetzlichen Anspruch auf den Nachlaß oder auf Nachlaß-

werthvolle, noch über dem Vermögen erhabene Bedeutung eines heres dem Germanen ganz unbekannt [25]), sodann aber hat, wie gesagt, eine letztwillige Zuwendung wie die andere qualitativ immer nur einen und denselben Gegenstand, direkt die bona defuncti; eine successio per universitatem ist unbekannt.

Von dieser germanischen Anschauung der Successionen und Zuwendungen auf den Todesfall konnte sich denn selbst in den Ländern des gemeinen Rechtes das Bewußtsein nicht frei erhalten, das römische Recht ist freilich recipirt, allein nur seinem todten Buchstaben nach, der Geist, welcher es belebte, fehlt, und darum

---

bestandtheile hat, während Derjenige, welchem etwas vermacht ist, seinen Anspruch einer Zuwendung durch den Erblasser verdankt. So auch nennt der Code Napoléon den gesetzlichen Nachfolger in den Nachlaß héritier legitime (art. 723), den Nachfolger kraft einseitigen letzten Willens légataire, und zwar légataire universel, légataire à titre universel, légataire particulier, je nachdem ihm der gesammte Nachlaß, oder eine Quote, oder eine einzelne Sache zugewendet ist (livre III, titre II, chapitre V). — Das Preuß. Landrecht (Theil 1, Titel 12, §. 3—6) und das Oesterr. Gesetzb. (§. 532. 535. 553) unterscheidet allerdings nach Erbeseinsetzung und Vermächtniß, und demgemäß auch Testament und Codicill; Erbe ist nach ihnen Derjenige, welchem der gesammte Nachlaß, oder eine Quote, Vermächtnißnehmer Derjenige, welchem nur einzelne Sachen oder Summen hinterlassen sind. Einen heres ex re certa institutus kennen also diese Gesetzbücher überhaupt nicht.

[25]) Wir können daher auch nicht der Bemerkung von Huschke (Rhein. Mus. Bd. VI, S. 365) beistimmen, daß die deutschen Barbaren dasselbe Subjektivitätsprincip der neuern Geschichte von außen gebildet hätten, welches der Römische Kaiser mit seinen Soldaten im Innern dargestellt habe, und daß, wenn der Römische Soldat eine Ausnahme von der Regel des alten Rechts ihres Vaterlandes gemacht habe, den Deutschen Völkern die Regel selbst ganz unbekannt habe sein müssen. Der Römische Soldat kannte den vaterländischen heres, er unterschied ihn vom bloßen Vermächtnißnehmer sehr wohl; und wenn er, in der vermögensrechtlichen Stellung des heres irrend, per institutionem seine bona separirte, so geschah doch die juristische Behandlung solcher Verfügung ganz im Geiste der römischen Regel (s. oben Seite 507), wesentlich verschieden von germanischer Anschauung.

auch die Begreiflichkeit und Verständlichkeit[26]). Es ist daher nicht zu verwundern, wenn der römischen Anschauung unkundige Erblasser, den Gegensatz von Erbeseinsetzung und Vermächtniß nicht unterscheidend, auch in den Berufungsworten ihrer letztwilligen Zuwendungen eine große Gleichgültigkeit zeigen; unsicher und zweifelhaft erscheinen jene abwechselnd gebrauchten Ausdrücke eben nur den Anforderungen eines durch das recipirte römische Recht Gebildeten, in dem von der germanischen Auffassung geleiteten Sinne des Erblassers selbst sind sie bestimmt genug, es sollten eben überall bona zugewiesen werden.

Bei dieser Sachlage möchte sich nun in heutigen letzten Willensordnungen die Frage, ob bei einer bestimmten (sei es auf res certae oder auf Quoten gerichteten) Zuwendung eine heredis institutio oder ein Vermächtniß anzunehmen sei, nicht immer dadurch entscheiden lassen, daß man untersucht, ob der Erblasser damit einen juris successor, einen Repräsentanten seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit ernennen, oder aber lediglich einen materiellen Erbschaftsvortheil zuweisen wollte[27]); denn sehr

---

[26]) Wenn vielfach versichert wird (Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht §. 348 a. E., Mittermaier, Grundſ. des deutschen Privatrechts §. 382, Huschke, Rhein. Mus. Bd. VI, S. 365 ff., Mühlenbruch in Glück, Bd. XXXVIII, S. 79—81, u. S. 344 ff., Note 44, und Bd. XL, S. 194, Note 63), der Satz nemo pro parte u. s. w. habe in Deutschland niemals Anerkennung gefunden, so heißt dieß doch in der That nichts anders als : die ganze Grundanschauung der Successionen auf den Todesfall ist bei uns eine andere als bei den Römern. — Will man der Wahrheit die Ehre geben, so muß man zugestehen, daß selbst der Juristenstand, schon von der Glosse her, bei Bearbeitung des Römischen Erbrechts sich nicht vollständig von germanischen Ideen frei erhalten konnte, unwillkührlich trug man sie in die Auffassung des Römischen Rechts hinein, und trübte sich hierdurch die Erkenntniß der römischen Anschauungsweise in gar manchen Punkten.

[27]) Hiernach will diese Frage beantwortet wissen Elvers in seiner Themis, neue Folge, Bd. I, S. 276 ff.

häufig würde der Erblasser, wenn man ihn selber darüber befragte, die Antwort geben, diesen Unterschied kenne er nicht, er habe eben überall und allenthalben Vermögen, und nur Vermögen zuwenden wollen. Da nun aber doch einerseits die Absicht des Erblassers entscheiden, andrerseits aber die Gültigkeit seiner Verfügung nach römischen Grundsätzen bemessen werden muß, so scheint es unter diesen Umständen oft schwierig zu werden, die Verfügung wegen mangelnder Kenntlichkeit ihres juristischen Charakters vor totaler Ungültigkeit zu bewahren.

Indessen bei genauerer Betrachtung können wir in der That von einer andern Seite her den, wenn auch nur auf Zuwendung von bona gerichteten, Willen des Erblassers dennoch mit dem römischen Gegensatze von Erbeseinsetzung und Vermächtniß dem Wesentlichen nach in Harmonie bringen. Der Erblasser wird nämlich immer eine oder einige Personen im Auge haben, welchen er sein Vermögen eigentlich und im Ganzen zuwenden will; daneben aber wird er häufig Andere in der Art honorirt haben, daß er zu ihren Gunsten von seinem Vermögen etwas abzieht, etwas besonders hervorhebt, was er sonst jenen eigentlich Bedachten gelassen haben würde, sei es, daß er den Letzteren ausdrücklich aufgibt, das Hervorgehobene an den damit Honorirten auszuzahlen, oder daß das diesem Zugewendete zwar auch ihnen direkt zugewiesen ist, aber doch sonstwie als ein Abzug von dem Vermögen überhaupt erhellt. — Ohne der voluntas Gewalt anzuthun, und ohne dem römischen Rechte eine wesentlich veränderte Bedeutung zu geben, dürfen wir nun so sagen: in den Fällen jener ersteren Art läßt sich die Verfügung als Erbeseinsetzung ansehen, d. h. wir dürfen sie juristisch so behandeln, als solle auf den Honorirten als Repräsentanten das Vermögen übergehen, in dem zweiten Falle dagegen dürfen wir die Zuwendung als Vermächtniß ansehen, d. h. wir dürfen dieselbe juristisch so behandeln, als sei sie eine indirekte Zuwendung aus der Erbschaft, eine delibatio hereditatis.

Wann nun im Fragefalle die eine oder die andere, in angegebener Art juristisch zu behandelnde, Willensbestimmung anzunehmen ist, muß sich aus der Art und Weise der von dem Erblasser gegebenen Willenserklärung ergeben. In dieser Beziehung möchte denn zunächst und vorzüglich entscheidend sein das von ihm gewählte Objekt der Zuwendung, sodann unter Umständen, jedoch meist nur in untergeordneter Weise, die Art der gebrauchten Berufungsworte, endlich der ganze Zusammenhang, in welchem die etwaigen mehreren Verfügungen unter einander stehen. — Demzufolge wären wohl hauptsächlich folgende Anhaltspunkte zu beachten:

1) Zuwendung des ganzen Vermögens, sowie Zuwendungen von Quoten sind im Zweifel und in der Regel als Erbeseinsetzungen zu behandeln, denn diese Objekte lassen am geeignetsten auf den Willen des Erblassers schließen, daß auf die so Honorirten das Vermögen eigentlich und im Ganzen übergehen solle; gerade darum geben hier die dabei gewählten Berufungsworte keinen großen Ausschlag, es brauchen keine Einsetzungsworte zu sein, z. B. die Ausdrücke: „ich vermache dem A die eine Hälfte, dem B hinterlasse ich die andere Hälfte meines Vermögens", enthalten ohne Anstand gültige Erbeseinsetzungen. — Unter besondern Umständen kann indessen allerdings selbst Zuwendung von Quoten, ja Zuwendung des gesammten Vermögens als bloßes Vermächtniß (Universal-Fideikommiß) in Betracht kommen. Dieß nicht bloß dann, wenn es ausdrücklich als solches einem andern zunächst Berufenen auferlegt ist, sondern auch in andern Fällen. Gesetzt z. B., es ist nur über eine einzelne Quote verfügt, oder die an Mehrere vertheilten Quoten erschöpfen zusammen nicht das Ganze, so müssen wir im Sinne des Erblassers gewiß als das Natürliche annehmen, daß er seine Intestaterben als diejenigen vorausgesetzt hat, an welche eigentlich und im Ganzen sein Vermögen übergehen soll; von diesem Vermögen macht er nur Quotenabzüge zu Gunsten Andrer, seine

Verfügung ist daher als ein, die Restitution eines Universal-Fideikommisses anordnendes, Intestat-Codicill zu betrachten; denn obwohl die Testamentsform, und vielleicht zugleich Einsetzungsworte gewählt sind, so ist doch aus diesen Aeußerlichkeiten unter den vorliegenden Umständen nicht auf die Absicht einer Erbeseinsetzung und Testamentserrichtung, vielmehr auf Vornahme einer Verfügung zu schließen, welche der Erblasser, wäre er Jurist gewesen, sicherlich als Intestat-Codicill bezeichnet haben würde, und die wir daher auch dem Rechte nach als solches aufzufassen haben[28]). Ferner kann es sein, der Erblasser beruft Jemanden zu seinem Vermögen, jedoch mit der weiteren Bestimmung, daß von einer gewissen Zeit an (z. B. mit dem Tode des Ersteren) das ganze Vermögen, oder eine Quote an einen Andern fallen solle; hier leidet es keinen Zweifel, daß wir diese letztere Verfügung, selbst wenn sie in ausdrückliche Einsetzungsworte eingekleidet ist, als ein dem Erstberufenen ex die auferlegtes Universal-Fideikommiß ansehen dürfen, soferne nicht besondere Gründe auf eine andere voluntas schließen lassen.

2) Dagegen sind Zuwendungen von res certae im Zweifel für bloße Vermächtnisse zu halten, denn diese Objekte sprechen ihrer Natur nach regelmäßig am meisten dafür, daß sie der Erblasser als delibationes hereditatis abzugsweise von seinem Vermögen hervorgehoben hat; daher müßte unsrer Meinung nach an dieser Auffassung in der Regel selbst da festgehalten werden, wo die Zuwendung einer res certa in ausdrückliche Einsetzungsworte gekleidet ist, wir hätten hier anzunehmen, daß der Erblasser den juristischen Sinn dieser Worte nicht gekannt habe, daß seine Absicht mehr aus dem Objekte als aus den Berufungs-

---

[28]) fr. 1 D. de jure codic. (29. 7) steht dieser unsrer Auffassung keineswegs entgegen, im Gegentheile, es spricht für dieselbe, denn man kann in obigem Falle nicht sagen, daß der Erblasser, hätte er Rechtskenntniß besessen, nec voluit quasi codicillos id valere.

worten erhelle, und demgemäß wären selbst die Einsetzungsworte als bloße Vermächtnißworte anzusehen. — Auch hier aber können wiederum besondere Umstände vorliegen, welche darauf hinweisen, daß die Zuwendung der res als wahre Erbeseinsetzung gemeint war.

Demgemäß möchte sich die Frage: wann ist in heutigen letzten Willensordnungen die Zuwendung einer res certa als wirkliche institutio ex re certa, und nicht als bloßes Vermächtniß zu betrachten? unseres Dafürhaltens im Genaueren nach folgenden Gesichtspunkten zu beantworten.

a) Besteht der ganze Testamentsinhalt nur darin, daß Einem eine res certa zugewendet ist, so kann es vorerst sein, die res erschöpft den gesammten Nachlaß, oder soll ihn doch nach der Absicht des Erblassers erschöpfen; hier gilt die rei mentio natürlich als demonstratio hereditatis, der Honorirte ist Erbe auf das Ganze, selbst wenn er nicht mit wirklichen Einsetzungsworten gerufen sein sollte.

Wollte ihn dagegen der Erblasser auf die res certa wirklich beschränken, dann kommt es darauf an, ob über das übrige Vermögen überhaupt nicht verfügt ist, oder ob aus einer anderweiten Willenserklärung erhellt, an wen dieses Uebrige fallen soll.

Für den ersteren Fall nehmen wir — aus denselben Gründen wie da, wo nur über einzelne Quoten verfügt ist[29]) — im Zweifel an, die Zuwendung sei, gesetzt selbst, sie wäre in Einsetzungsworte gekleidet, als ein bloßes, in einem Intestat-Codicille angeordnetes, Vermächtniß zu behandeln[30]).

---

[29]) s. Nummer 1.

[30]) s. oben Seite 544, Note 28. Andere, z. B. Mühlenbruch in Glück Comm. Bd. XL, S. 233 ff., Sintenis, prakt. Civilr. Bd. III, S. 410. 411, Note 3, lassen die Verfügung nur dann als Intestatcodicill gelten, wenn sie ausdrücklich durch die Codicillarclausel befestigt ist. Allein

Die Fälle der zweiten Art werden sich in verschiedener Weise gestalten. Sollte zugleich mit der Berufung auf die res aus einer und derselben Verfügung erhellen, welchem Dritten das Uebrige zugedacht ist, so gehört dieser Fall überhaupt nicht mehr hieher, sondern unter Nummer c. Erhellt aber dieser Dritte aus einer früheren Verfügung, so kann es sein, dieselbe war auf das Ganze gerichtet, und kam als Testament in Betracht: hier nehmen wir im Zweifel an, daß die später erfolgte Zuwendung der res nur als ein den früheren Testamentserben gemachter Abzug, mithin als nachträgliches testamentarisches Codicill zu betrachten ist, jenes Testament also als solches fortbesteht, es müßte denn aus ganz besondern Gründen unzweifelhaft sein, daß die Zuwendung der res certa als wahre Erbeseinsetzung (z. B. für einen neuerdings erwachsenen Notherben, welchen der Erblasser erweislich instituiren wollte) gelten solle, wo dann allerdings die in fr. 29 D. ad Sct. Treb. angegebene Behandlung [31]) anzuwenden wäre; enthält dagegen die frühere Verfügung ebenfalls nur Zuwendung von Theilen oder Einzelnheiten des Nachlasses, dann sehen wir die neuerdings angeordnete Zuwendung einer res certa im Zweifel als ein zweites, zu einem früheren hinzugetretenes, Intestat-Codicill an. Erhellt endlich aus einer erst späteren Anordnung ein Dritter, an welchen das Uebrige fallen soll, so müßte dieß, in Uebereinstimmung mit dem Bisherigen, im Zweifel ebenfalls so aufgefaßt werden, daß die letztere Verfügung als Intestat-Codicill zu dem früheren, die res certa zuwendenden, Intestat-Codicille hinzugetreten sei.

---

in dem Fragefalle stellt sich doch die Absicht des Erblassers, wenn man diese unter einen juristischen Gesichtspunkt bringt, von vornherein als gerade nur auf Errichtung eines Intestatcodicills gerichtet heraus, obwohl er die Testamentsform gewählt hat.

[31]) s. oben Seite 74 ff.

b) Sind in einer letzten Willensordnung Mehrere, und zwar diese sämmtlich auf res certae berufen, so wird es wiederum darauf ankommen, ob diese res den gesammten Nachlaß erschöpfen, oder doch nach dem Willen des Erblassers erschöpfen sollen, oder nicht.

In dem ersteren Falle müssen wir sämmtliche Zuwendungen, selbst wenn keine Einsetzungsworte dabei gebraucht sind, in der That als wirkliche institutiones ex re certa gelten lassen. Denn die gleiche Stellung Aller, sowie die stattgehabte Vertheilung des gesammten Vermögens zeigt unzweifelhaft darauf hin, daß der Erblasser an diese Honorirten sein Vermögen eigentlich und im Ganzen, wenn auch mit der von ihm angegebenen Theilung, übergehen lassen wollte. Man kann auch sagen: es liegen hier Erbeseinsetzungen verbunden mit divisio omnium bonorum vor.

Hat dagegen der Erblasser wissentlich und absichtlich nicht sein ganzes Vermögen unter den auf res certae Berufenen vertheilt, so müssen die unter Nummer a für diesen Fall angegebenen Gesichtspunkte auch hier in ähnlicher Art wiederkehren; im Zweifel also werden die Zuwendungen der res certae, selbst in Einsetzungsworte gekleidet, doch als bloße, in einem Intestat-Codicille angeordnete Vermächtnisse zu behandeln sein.

c) Sind endlich in einer letzten Willensordnung Einige unbestimmt oder auf Quoten, Andere daneben auf res certae gerufen, dann allerdings sehen wir zugleich auf die für diese Letzteren von dem Erblasser gebrauchten Berufungsworte. Lassen sich diese selbst dem heutigen juristischen Sprachgebrauche zufolge nicht als verba institutionis auffassen (z. B. „ich vermache", „ich hinterlasse", „er soll haben" u. s. w.), so ist die Zuwendung einer res certa, wie natürlich, für ein bloßes und reines Vermächtniß zu halten; entsprechen aber die Berufungsworte denjenigen, welche der heutige juristische Sprachgebrauch als verba institutionis bezeichnet („ich setze zu Erben ein", „er soll erben", „es sei sein Erbtheil"), dann liegt,

soferne nicht der ganze Zusammenhang dennoch darauf hinweist, daß die Verfügung als bloßes Vermächtniß erscheint, in der That kein Grund vor, warum man diese Worte hier nicht in ihrer juristischen Bedeutung nehmen, und demgemäß die Zuwendung als wahre institutio ex re certa ansehen sollte. Es wird dieß besonders da wichtig, wo der auf eine res certa mit Einsetzungsworten Berufene ein Notherbe des Erblassers ist, während natürlich niemals davon die Rede sein darf, daß eine (auf Quoten oder res gerichtete) Verfügung, welche sich allem Bisherigen zufolge nicht als Erbeseinsetzung auffassen läßt, doch wenigstens dann, wenn sie zu Gunsten eines Notherben gemacht ist, zur Rettung des Testamentes als Erbeseinsetzung nachgesehen werden dürfte.

Ueberall nun, wo nach den vorstehenden, aber wie gesagt, nur für zweifelhafte Fälle geltenden, Gesichtspunkten die Zuwendung einer res als eine wahre institutio ex re certa betrachtet werden muß, gelten für ihre juristische Gestaltung noch ganz die Grundsätze des Römischen Rechts.

Als Beleg dafür, wie bedenklich es oft wird, die Absicht des Erblassers (auf welche doch Alles ankommt) nach dem wörtlichen Ausdrucke seiner Willenserklärung zu bemessen, mag zum Schlusse die Erörterung eines Falles dienen, welcher, in den Quellen weder entschieden, noch überhaupt hervorgehoben, unter den Rechtsgelehrten die allerverschiedenartigsten Entscheidungen erfahren hat. Es kommt in dem heutigen Leben nicht selten vor, daß ein Erblasser letztwillig dahin verfügt: er setze eine bestimmte Person auf den Nießbrauch seines Vermögens, nach deren Tode aber eine andere Person zum Erben ein.

Hielte man sich lediglich an den Wortausdruck dieser Disposition, so müßte man folgende Absicht des Erblassers annehmen: der auf den Nießbrauch Eingesetzte (wir wollen ihn fortan A

nennen) soll wahrer heres, und zwar der mentio usus fructus wegen wahrer heres ex re certa sein, der auf den Todesfall des A Eingesetzte aber (wir nennen ihn B) soll als weiterer wahrer Erbe eintreten, sobald A nach dem Erwerbe stirbt. Hiernach müßte die Entscheidung dahin ausfallen: A wird als einziger heres primi gradus Erbe auf das Ganze detracta ususfructus mentione, und bleibt es für sich und seine Erben, die Einsetzung des heres secundi gradus B bleibt total unbeachtet, da eine direkte Substitution für den Fall, daß der heres primi gradus erworben hat, bekanntlich ungültig ist. — Es leuchtet indessen sogleich ein, daß dieses Resultat der voluntas testatoris durchaus widerspricht. Um nun zu bewirken, daß B nach dem Tode des A das Vermögen erhält, ließe sich die Absicht des Erblassers hinsichtlich der Berufung des B in andrer Art, nämlich dahin verstehen: B ist nur im uneigentlichen Sinne Erbe genannt, es sollte damit bloß gesagt sein, daß an ihn nach dem Tode des A das gesammte Vermögen fallen solle; die Annahme dieser Absicht, so könnte man sagen, werde eben dadurch unterstützt, daß A auf den Nießbrauch eingesetzt sei, indem hier die mentio ususfructus im Sinne des Erblassers nicht sowohl eine mentio rei certae (also eine institutio ex re certa), sondern nur mentio eines dem auf das jus instituirten A auferlegten Veräußerungsverbots[32]) zur Conservation des Vermögens im Interesse des B enthalte. So aufgefaßt, ließe sich denn die voluntas in ganz normaler Weise realisiren, B würde als Universal-Fideikommissar gelten, an welchen nach des A Tode dessen Erben die ganze Erbschaft zu restituiren haben, unter An-

---

[32]) Aehnlich wie auch in den Quellen das Recht des Eigenthümers, welchem zum Vortheile Andrer die Veräußerungsbefugniß entzogen ist, zuweilen ususfructus genannt wird, z. B. c. 3 C. Th. de secund. nupt. (3. 8). c. un. C. Th. si secundo nupserit mulier (3. 9). c. 5. 6 §. 1 C. J. de sec. nupt. (5. 9). c. un. C. si secundo nups. (5. 10).

nahme eines von dem Erblasser stillschweigends[33]) auferlegten Verbots des Abzugs der Trebellianischen Quart. — Es hat keinen Anstand, daß diese Behandlung dann ausreicht, wenn A wirklich erwirbt, oder nicht erwirbt weil er ausschlägt, indem ihn in dem letzteren Falle B als Universal-Fideikommissar nach bekannten Grundsätzen zum Antritte zwingen kann; wie aber, wenn A vor oder nach dem Erblasser, ohne erworben zu haben, verstirbt? Das Universal-Fideikommiß für B wäre nunmehr vereitelt, allein es ist sicherlich nicht die Absicht, daß dieserhalb B in der That um die Erbschaft komme; daß das Vermögen erst nach dem Tode des A an B fallen solle, hat der Erblasser gewiß nur in der stillschweigenden Voraussetzung verordnet, A werde wirklich antreten, er hat den B sicherlich nur im Interesse des dem A zugesicherten Genusses der Zeit nach beschränkt, fällt dieses Interesse weg, so muß im Sinne des Erblassers auch die temporäre Beschränkung des B schwinden, das Vermögen muß dann sogleich an den B fallen. Diese voluntas läßt sich nun wiederum normal realisiren, indem man die Berufung des B als für zwei verschiedene Fälle angeordnet behandelt: als direkte Substitution für den Fall, daß A nicht erwirbt, und daneben zugleich als jene fideikommissarische Substitution für den Fall, daß A erwirbt. — Immer noch bleibt aber selbst bei dieser Behandlung eine Eventualität möglich, bei deren Eintritt das Vermögen für B verloren ist, und zwar gewiß wiederum gegen die Absicht des Erblassers. Wie nämlich, wenn A zwar erwirbt, aber erst nach dem B verstirbt? B als Universal-Fideikommissar müßte den Tod des A, als den dies cedens für Realisirung seines Rechts, erlebt haben, sonst würde dasselbe vereitelt. Nun aber ist nach dem Willen des Erblassers offenbar B Derjenige, an welchen das Vermögen eigentlich und dauernd,

---

[33]) Denn s. oben Seite 117 ff.

für ihn und seine Erben, gelangen soll, nur der Ausübung nach soll er im Interesse des dem A lebenslänglich zugesicherten Genusses darin beschränkt sein, erlebt also B das Aufhören des Nießbrauchs nicht, so soll dieß nach der voluntas testatoris sicherlich kein Hinderniß sein, daß jetzt nicht auch die Erben des B das ihrem Erblasser dauernd Zugesicherte als diesem bereits gehörig an sich ziehen dürfen. Um diesen Effekt zu realisiren, muß man die ganze Voraussetzung, von welcher wir bisher immer ausgegangen sind, daß nämlich der Todestag des A als Anfangspunkt für das (direkte oder fideikommissarische) Successionsrecht des B gemeint sei, vollständig aufgeben, und vielmehr die Absicht des Erblassers bezüglich des B dahin auffassen, daß die mentio des Todes des A nur als Anfangspunkt der freien Verfügung über das ihm bereits vorher schon zugefallene Vermögen in Betracht kommt; man muß demgemäß sagen : B gilt als von vornherein und pure zum Erben (wir lassen vorerst noch dahin gestellt, ob zum einzigen Erben) eingesetzt, allein der Genuß des Vermögens soll ihm erst mit Wegfall des A zustehen. Man wende nicht ein, daß dieser Auffassung die deutlichen Worte der Disposition widersprechen, es enthält der gegenwärtige Fall eben einen der Beweise dafür, wie wenig die sonst klare voluntas nach den Worten bemessen werden darf. — Nachdem wir in angegebener Art die rechtliche Stellung des B, geleitet durch genaues Eingehen auf die voluntas testatoris, ermittelt haben, fragt es sich jetzt : wie ist die Stellung des A aufzufassen, ist er nach der Absicht des Erblassers wirklich als Erbe auf den Nießbrauch, oder als bloßer Vermächtnißnehmer anzusehen? Da bei seiner Berufung, wie hier vorausgesetzt wird, verba institutionis gebraucht sind, und auch kein sonstiger Grund vorliegt, bezüglich seiner an wahrer Erbeseinsetzung zu zweifeln, so entscheiden wir uns dahin : er ist nach der Absicht des Erblassers Erbe auf den Nießbrauch, also wirklicher heres ex re certa institutus. Hierfür spricht, zur Bestätigung der Be-

deutung der Einsetzungsworte, noch überdieß Folgendes: käme er als bloßer Legatar in Betracht, so würde er dann, wenn B, welcher dann der einzige Erbe wäre, nicht Erbe wird, durch Destitution des Testamentes und Eintritt der Intestat-Erbfolge um das Singular-Vermächtniß des Nießbrauchs gebracht sein, dieß aber wäre sicherlich wieder nicht die Absicht des Erblassers, denn ob B wirklich das Vermögen bekommt oder nicht, A soll ex voluntate testatoris jedenfalls den lebenslänglichen Genuß desselben haben. Sein Recht bleibt nun auch bei dem Wegfalle des A eben dadurch gesichert, daß er neben dem Letzteren gleichfalls als eingesetzt gilt.

Allen bisherigen Erörterungen zufolge geht unsre Ansicht über den Sinn jener Verfügung dahin: B ist als wahrer Erbe eingesetzt pure und von vornherein auf das Ganze (sine parte), A ist neben ihm als Erbe auf den Nießbrauch instituirt. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses richtet sich daher ganz nach den Grundsätzen über Concurrenz eines gehörig Eingesetzten mit einem heres ex re certa institutus. Gerufen wird demnach A detracta ususfructus mentione auf eine pars hereditaria (½), ebenso B auf ½; A restituirt seine pars hereditaria als Universal-Fideikommiß an B, und erhält an beiden partes die lebenslängliche Nutzung als praelegatum ususfructus; unter Anwendung von Justinian's c. 13 C. de her. inst. gilt seine pars als schon von vornherein und von selbst an die pars des B restituirt. Dem Prälegate des Nießbrauchs darf B seit Nov. 1 cap. 2 §. 2 nicht mehr die Falcidische Quart, so weit dieselbe vorher hier überhaupt zulässig war, abziehen[34]). Die Schulden des Erblassers trägt ausschließlich B, und zwar darf er dieselben alsbald berichtigen, indem das Prälegat des Nießbrauchs nur an dem reinen Aktivvermögen nach Abzug der Schulden stattfindet.

---

[34]) s. oben Seite 470.

Wir lassen nun noch eine kurze Uebersicht der in der bisherigen Theorie bestehenden Ansichten über die Auffassung der hier erörterten letztwilligen Disposition folgen.

A. Einige sehen den B [35]) als den alleinigen Erben an. Dieser sei nämlich von dem Erblasser pure eingesetzt, der Todestag des A sei für den B nicht als Anfangspunkt seines Successionsrechts, sondern nur als Endpunkt einer Legatenlast gemeint; A dagegen sei wohl dem Willen des Erblassers nach ebenfalls als Erbe (heres ex re certa) instituirt, allein kraft Gesetzes (in Gemäßheit der c. 13 C. de her. inst.) gelte er als bloßer Legatar [36]). Diese Ansicht kommt der unsrigen insofern am nächsten, als sie die voluntas testatoris in derselben Art interpretirt, wie wir gethan haben, in ihrer juristischen Realisirung aber gelangt sie zu einem unrichtigen Resultate durch irrige Auffassung der Grundsätze über Concurrenz eines gehörig Eingesetzten mit einem heres ex re certa institutus.

B. Andere lassen umgekehrt den A als den alleinigen Erben gelten, sind aber dabei über die Art der Berufung des B verschiedener Meinung.

1) Manche sagten, B sei zwar ex voluntate testatoris ebenfalls instituirt, allein dieß als rechtlich unzulässiger direkter Substitut für den Fall, daß A nach dem Erwerbe versterbe, er falle darum ganz weg, A als einziger heres primi gradus erhalte detracta re das Ganze, und behalte es für sich und seine Erben. Auf das mit der voluntas Unverträgliche dieser Auffassung ist oben aufmerksam gemacht worden.

2) Nach Andern ist B von dem Erblasser nicht zum direkten Erben eingesetzt, sondern als Universal-Fideikommissar auf den

---

[35]) Der Kürze wegen nennen wir fortgesetzt den auf den Nießbrauch Eingesetzten A, den nach dessen Tod Eingesetzten B.

[36]) So namentlich VOET, comment. ad Pand. Tit. de usufr. §. 12.

Todesfall des A gerufen[37]). Diese Ansicht, welche für die frühere Zeit als die herrschende bezeichnet wird[38]), entspricht indessen, wie aus obiger Erörterung hervorgeht, nicht immer und für alle Eventualitäten dem Willen des Testators.

C. Eine dritte Meinung endlich läßt beide, den A und den B, als Erben gelten; dieß wiederum in verschiedener Weise:

1) Nach Einigen sind beide successiv instituirt, in der Art, daß B, welcher für den Fall des Erwerbs des A allerdings als fideikommissarischer Substitut in Betracht komme, doch daneben zugleich auch für den Fall des Nichterwerbs des A als dessen direkter Substitut anzusehen sei[39]). Auch diese Ansicht, an sich ganz verständig, entspricht der voluntas nicht für alle Eventualitäten.

2) Nach Andern sind A und B cumulativ neben einander zu Erben eingesetzt, A pure auf den Usufrukt, B ex die auf die Proprietät. Dabei ist man jedoch uneinig über die Art und Behandlung des der Einsetzung des B beigefügten dies.

a) Ein Theil sagt, B sei ex die incerto, mithin ex conditione, auf die Proprietät instituirt, und danach gestalte sich das Verhältniß so: A erbe zunächst allein den Nießbrauch, während die Proprietät einstweilen erblos schwebe, mit dem Tode des A erbe B die Proprietät[40]). — Allein gesetzt, man dürfe

---

[37]) z. B. Huber, prael. ad Dig. lib. 28 tit. 5 §. 9.

[38]) Müller ad Struv. exerc. XXXIII §. 6.

[39]) Diese Auffassung hält namentlich Mühlenbruch in Glück Comm. Bd. XL, S. 183 ff. nach dem Maaßstabe des gemeinen Verstandes für die dem Willen des Erblassers am meisten entsprechende.

[40]) Hennemann, Untersuchung zweier verwandter Rechtsfragen: — 2) was Rechtens sei in dem Falle, da ein Erblasser Jemanden im Genießbrauch zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach dessen Tode ein Anderer sein (des Testirers) Erbe sein solle? Schwerin und Wismar 1790. — v. Vangerow, Pandekten, Bd. II, §. 449, Anmerkung 2 a. E.

ex voluntate testatoris annehmen, für den B solle der Todestag des A den Anfangspunkt des Successionsrechtes bilden, und A solle den Nießbrauch, B die Proprietät erben, so ist es zwar richtig, daß der Todestag des A einen dies incertus [41]) für die Berufung des B enthalten würde, wie aber wird es dann nur irgend möglich, eine Entscheidung zu finden, welche sich als rechtlich normal und dem Willen des Erblassers entsprechend herausstellt? Ganz unmöglich ist es nämlich, daß auch der rechtlichen Behandlung nach A den Nießbrauch, B die Proprietät erbt; und dazu noch A sein Erbrecht an einem Nießbrauche bei einstweilen schwebender Proprietät habe. Zugegeben, daß B neben A ex die incerto instituirt sei, müßte man juristisch dann vielmehr so sagen: als Erben sind A und B zur hereditas berufen, A detracta re unbedingt und unbetagt auf die Hälfte, B sub die incerto auf die andere Hälfte der Erbschaft; wie aber sollte es dann auch nur irgend möglich sein, den von dem Erblasser gewollten Effekt zu realisiren? Denn den A anlangend, so hätte dieser an seiner Hälfte die Nutzung als Eigenthümer, diese Hälfte würde ihm und seinen Erben verbleiben, an der Hälfte des B aber könnte er den Nießbrauch überhaupt niemals erwerben, da bei seinen, des A, Lebzeiten dem B noch gar nicht deferirt ist. Und andrerseits den B anlangend, so würde ihm bei dem Tode des A, als dem Anfange seines Successionsrechts, doch immer nur die Hälfte der Erbschaft deferirt, wie sollte er jemals das Ganze bekommen? Alles dieß beweist, daß man die voluntas unmöglich dahin auffassen kann, als sei B neben A ex die incerto eingesetzt [42]).

---

[41]) Wird eine Honorirung von dem Todestage eines Dritten abhängig gemacht, so ist dieser Anfangstermin ein dies incertus, fr. 12 §. 1 D. de leg. II, fr. 1 §. 2 D. de cond. et dem. (35. 1), gilt daher rechtlich als conditio, fr. 79 §. 1 D. de cond. et dem. (35. 1), fr. 4 pr. fr. 13 D. quando dies (36. 2).

[42]) Andre, z. B. Glück, Comm. Bd. IX, S. 182 ff., Thibaut, Pand. §. 956 Nummer II, wollen so helfen: der ex die incerto auf die

b) Eine andere Ansicht [43]) will den Todestag des A für die Berufung des B nicht als dies incertus (denn incertus sei der dies nur dann, wenn es ungewiß sei, ob er eintrete), sondern als dies certus betrachten, welcher also ganz und gar pro non adjecto gelte, so daß B sogleich neben A gerufen, und nur von dem Genusse des Nachlasses auf Lebzeiten des A ausgeschlossen werde; das Verhältniß gestalte sich mithin so, wie überall da, wo mit einem im Allgemeinen Eingesetzten ein heres ex re certa institutus concurrire. — Diese Meinung wird allerdings in ihrem Resultate richtig, soferne man nur das Resultat unter die richtigen Grundsätze subsumirt, welche für den Fall solcher Concurrenz gelten, allein die Art und Weise, wie hier zu diesem Resultate gelangt wird, läßt sich nicht rechtfertigen; es ist überhaupt verfehlt, den Todestag des A als Anfangspunkt für das Successionsrecht des B anzusehen, gesetzt aber auch, er sei es, so dürfte er doch nicht als dies certus, er müßte nach dem in Note 41 Gesagten dann in der That als dies incertus in Betracht kommen.

Proprietät gerufene B könne (arg. fr. 23 pr. D. de her. inst.) durch Erwerb einer bon. poss. sec. tab. gegen Cautionsleistung sogleich in den Besitz der Erbschaft kommen, und so dem A (welcher übrigens bloßer Legatar sei) den Nießbrauch verschaffen.

[43]) Sintenis, prakt. Civilr. Bd. III, §. 172, Note 22 a. E.

Druck von Wilhelm Keller in Gießen.

Die

Heredis institutio ex re certa.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. **Carl Neuner,**
Professor der Rechtswissenschaft und außerordentlichem Beisitzer des Spruch-Collegiums an der Universität Gießen.

Gießen 1853.
J. Ricker'sche Buchhandlung.

Neuner, Carl,

Die Heredis institutio ex re certa eine civilistische Abhandlung

Gießen 1853